



# LA VALORIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO

MARÍA DE LOS ÁNGELES FERNÁNDEZ SCAGLIUSI

## DIRECTORES

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN

## ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS UTILIZADOS

BEA	<i>Baux Emphytéotiques Administratifs</i>
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
C.c.	Código civil
CGPPP	<i>Code Général de la Propriété des Personnes Publiques</i> , Ordonnance num. 2006-460, de 21 de abril de 2006
CGCT	<i>Code Général des Collectivités Territoriales</i> , aprobado por la Ley núm. 96-142, de 21 de febrero de 1996
Coord.	Coordinador
CPP	Colaboración Público-Privada
Dir.	Director
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
JUR/RJCA/RJ	Código marginal repertorio de jurisprudencia de Westlaw-Aranzadi
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local
LCAP	Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas
LGP	Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
LH	Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria
LPAP	Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las

## Administraciones Públicas

LPE	Ley de Patrimonio del Estado, de 15 de abril de 1964
LRHL	Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
METP	<i>Marchés d'Entreprise de Travail Public</i>
<i>Op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
PIB	Producto Interior Bruto
PFI	<i>Private Finance Initiative</i>
RBEL	Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales
RGAP	Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas
RH	Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario
TRLCAP	Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
TRLCSP	Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
TRLS	Real Decreto-Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo
TRLRHL	Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

PRESENTACIÓN: objeto y objetivos de la investigación .....	17
PRESENTAZIONE: oggetto ed obbiettivi della ricerca .....	23
<b>CAPÍTULO I. LA VALORIZACIÓN DE LA PROPIEDAD PÚBLICA EN EL MARCO DE LA TEORÍA GENERAL DEL DOMINIO PÚBLICO</b>	
1. La teoría general del dominio público.....	31
1.1. El concepto de dominio público y su necesaria reformulación .....	31
1.1.1. La tipología de bienes públicos .....	31
1.1.2. El dominio público en la Ley de Patrimonio de las Administraciones públicas .....	35
1.1.3. Los bienes públicos en el Código civil.....	38
1.1.4. Elementos que conforman el concepto de dominio público.....	39
1.1.5. Consecuencias de la extensión del concepto de bienes demaniales a los "derechos" .....	43
1.1.6. Las diferentes propuestas de reformulación de los conceptos de bienes demaniales y patrimoniales .....	46
1.2. La relevancia del dominio público en el derecho público de bienes .....	57
1.3. La controvertida cuestión de la naturaleza jurídica del dominio público.....	58
1.4. Los dogmas configuradores del régimen jurídico demanial.....	62
1.4.1. Notas básicas .....	62
1.4.2. La inalienabilidad .....	63
1.4.3. La imprescriptibilidad.....	65
1.4.4. La inembargabilidad.....	66
1.4.5. Consecuencias en el tráfico jurídico de la aplicación de los principios tradicionales del régimen demanial .....	67
1.5. Los elementos históricos del dominio público .....	69
1.5.1. Derecho romano .....	70

1.5.2. Desde la Edad Media a la Revolución Francesa y la codificación.....	72
1.5.3. De la Ley francesa de 1790 y el Código de 1804 a nuestro Código civil ....	73
2. La necesidad de matizar los principios tradicionales del régimen jurídico demanial y los obstáculos de esta orientación.....	77
3. Expansión y privatizaciones: dos tendencias contradictorias que afectan a los bienes demaniales .....	81
4. El sistema singular de protección de los bienes demaniales .....	84
4.1. Régimen jurídico de las facultades y prerrogativas para la protección y defensa de los patrimonios públicos .....	84
4.1.1. Existencia de un “núcleo duro” aplicable por igual a los bienes demaniales y patrimoniales .....	84
4.1.2. Aspectos comunes al ejercicio de las prerrogativas de defensa y protección de los bienes públicos .....	88
4.2. La potestad de investigación.....	89
4.3. La potestad de deslinde.....	91
4.3.1. Regulación jurídica.....	91
4.3.2. Antecedentes históricos .....	92
4.3.3. Los efectos del deslinde.....	94
4.4. Recuperación posesoria .....	96
4.5. La recuperación de oficio .....	98
4.6. El desahucio administrativo.....	99
4.7. Régimen de inventario.....	100
4.7.1. Introducción.....	100
4.7.2. La regulación efectuada por la LPAP y su Reglamento .....	100
4.7.3. Efectos jurídicos de los inventarios .....	101
4.8. La inmatriculación registral .....	103
4.8.1. Evolución legislativa de la inmatriculación registral .....	103
4.8.2. Características destacadas del régimen jurídico de la inscripción registral. Especial atención a los títulos inscribibles .....	106

## **CAPÍTULO II. LA BÚSQUEDA DE LA VALORIZACIÓN DEL PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

1. La nueva pretensión de valorización de los bienes públicos .....	113
1.1. Consideraciones generales.....	113
1.1.1. La obligatoria estabilidad presupuestaria como punto de partida y causa general de la corriente de valorización .....	113
1.1.2. La actividad financiera como necesidad de la acción administrativa.....	118
1.2. El término “valorización”: su significado .....	119
1.3. La importancia económica de los bienes públicos .....	124
2. Las causas específicas del fenómeno de la valorización .....	126
2.1. El gasto público y la crisis económica.....	126
2.2. La reformulación de las relaciones entre el estado y la sociedad .....	129
3. Los fines perseguidos mediante las operaciones de valorización.....	130
4. El dominio público entre la valorización y la protección: necesario equilibrio entre ambas tendencias .....	134
4.1. La conciliación entre la valorización y la protección del dominio público .....	134
4.2. El dominio público en el estado social .....	135
5. Dificultades a las que la tendencia de valorización debe hacer frente .....	139
6. Algunas soluciones adoptadas para potenciar el desarrollo económico.....	142
6.1. Diferentes modalidades adoptadas por la corriente de valorización según su campo de aplicación .....	142
6.1.1. Valorización en la gestión .....	142
6.1.2. Valorización financiera a través de las ocupaciones demaniales .....	143
6.1.3. Valorización por inversión y fomento de la financiación privada.....	144
6.2. Instrumentos utilizados para conseguir una mayor rentabilización.....	145
6.2.1. Introducción.....	145
6.2.2. Las tasas devengadas por la utilización del dominio público.....	147
6.2.3. Las cesiones gratuitas .....	148
6.2.4. La división en volúmenes del dominio público.....	149

6.2.5. La constitución de derechos reales .....	149
6.2.6. Los contratos .....	150

### **CAPÍTULO III. LA COMPATIBILIDAD ENTRE LA VOLUNTAD DE VALORIZAR EL DOMINIO PÚBLICO Y EL RESPETO A LA AFECTACIÓN**

1. La regla de la afectación como clave de la demanialidad pública.....	155
1.1. El inicio de la demanialidad: la afectación .....	155
1.1.1. El concepto de afectación y su relación con la corriente de valorización .	155
1.1.2. Los modos de afectar bienes y derechos .....	159
A) 1. <i>Afectación por ley (ex lege) o derivada de una norma con rango legal</i> .....	160
A) 2. <i>Afectación mediante acto administrativo (singular o individualizada)</i> .....	164
A) 3. <i>Afectación de inmuebles en construcción</i> .....	169
1.1.3. La competencia y el procedimiento para afectar .....	173
1.2. Las mutaciones demaniales .....	174
1.3. Las afectaciones concurrentes .....	177
1.4. El cese de la demanialidad: la desafectación.....	179
1.4.1. Concepto y características .....	179
1.4.2. Clases de desafectación .....	181
2. La afectación y su relación con los principios configuradores del régimen jurídico demanial .....	184
3. La construcción de la noción de “cosa pública” en torno a la afectación .....	191
4. La distinta intesidad de la afectación en función del concreto bien al que se aplica	193
5. Afectación demanial y reservas al sector público .....	195
5.1. Afectación y reserva de recursos esenciales .....	195
5.2. Reservas demaniales .....	196
7. Adscripción y desadscripción de bienes y derechos.....	198
7.1. Adscripción.....	198
7.1.1. Concepto.....	198
7.1.2. Características.....	198

A) Puesta a disposición sin cambio en la titularidad del bien .....	199
B) Carácter finalista de la adscripción .....	199
C) La adscripción lleva implícita la afectación .....	200
D) Modalidades de adscripción en función de la titularidad de los bienes adscrito. .....	202
7.2. Desadscripción.....	203

## **CAPÍTULO IV. LA VALORIZACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO**

I. La regulación jurídica francesa .....	207
1. Introducción.....	207
2. El dominio público francés.....	209
2.1. La noción de dominio público .....	209
2.2. Los principios de la demanialidad pública .....	212
2.2.1. La inalienabilidad .....	212
3. El Code Général de la Propriété des Personnes Publiques .....	222
3.1. Presupuestos que dieron lugar a la reforma.....	222
3.2. Evolución legislativa .....	225
3.3. Principales reformas introducidas .....	228
3.4. Futuros cambios en la materia .....	231
4. Medios jurídicos utilizados para la valorización .....	231
4.1. Los usos del dominio público.....	232
4.1.1. Consideraciones generales.....	232
4.1.2. Las utilidades privativas .....	234
4.2. Los derechos reales sobre el dominio público .....	236
4.3. División en volúmenes .....	236
4.4. Los contratos .....	237
5. Diferentes posturas sobre la valorización francesa.....	255
II. La regulación jurídica italiana.....	258
1. Nociones generales .....	258



2. Definición y regulación jurídica de los bienes públicos italianos .....	260
2.1. Clases de bienes.....	262
2.2. Funciones de los bienes públicos.....	269
3. Evolución normativa en la rentabilización de los bienes.....	270
4. La comisión de reforma de los bienes públicos.....	271
4.1. Introducción.....	271
4.2. Principios, contenido y finalidades de la reforma .....	273
5. Medios jurídicos utilizados para la valorización .....	275
5.1. Los usos del dominio público .....	275
5.2. Transferencia de bienes a <i>la Sociedad Patrimonio dello Stato, S.p.A. e Infrastrutture, S.p.A.</i> .....	280
6. Los bienes culturales: ejemplo de valorización .....	288
6.1. Regulación jurídica.....	289
6.2. Competencias en el proceso de valorización de los bienes culturales.....	291
6.3. Finalidades.....	291
6.4. Formas de valorizar .....	292
7. Las ventajas y las dificultades de la valorización italiana .....	295

**CAPÍTULO V. LA DISTINTA APLICACIÓN DE LA VALORIZACIÓN EN LOS BIENES DEMANIALES, EN LOS BIENES PATRIMONIALES Y EN LOS BIENES PATRIMONIALES AFECTOS**

1. Consideraciones previas .....	301
2. La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 166/1998, de 15 de julio .....	303
2.1. Introducción.....	303
2.2. Antecedentes de hecho .....	305
2.3. Fundamentos jurídicos.....	306
2.4. Conclusiones y consecuencias.....	310
2.5. Consideraciones sobre la nueva postura del tribunal constitucional .....	324
3. Las posibilidades ofrecidas por los “bienes patrimoniales afectos” .....	326

3.1. Introducción.....	326
3.2. Elementos incluidos y excluidos del concepto de bien patrimonial afectado ...	329
3.2.1. Valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general .....	330
3.2.2. El caso de los edificios administrativos.....	331
3.3. Los fines perseguidos por los bienes patrimoniales afectados .....	363
4. La gestión de los bienes patrimoniales .....	366
4.1. Afianzamiento de un régimen jurídico unitario de la gestión patrimonial .....	366
4.2. La naturaleza formal o sustantiva del régimen de gestión de bienes patrimoniales .....	368
4.2.1. Cuestiones formales o procedimentales .....	368
4.2.2. Explotación y aprovechamiento de bienes patrimoniales por los particulares. Los negocios jurídico-patrimoniales .....	370
5. Aproximación de regímenes jurídicos de los bienes públicos.....	372
<b>CAPÍTULO VI. LAS POSIBILIDADES TRADICIONALES OTORGADAS POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PARA LA VALORIZACIÓN</b>	
1. Consideraciones previas .....	379
2. Régimen de usos del dominio público singulares y privativos: valorización precaria... ..	380
2.1. Usos del dominio público estatal .....	380
2.1.1. Usos permitidos por la LPAP .....	380
<i>A) Uso común: ausencia de valorización</i> .....	383
<i>B) Uso especial: valorización de mínimo nivel</i> .....	387
<i>C) Uso privativo: valorización más intensa</i> .....	389
2.1.2. Títulos habilitantes: licencias y concesiones demaniales .....	393
2.1.3. Negocios jurídicos sobre la concesión o con objeto de la misma .....	399
2.1.4. Exigencia de tasas.....	404
2.1.5. Usos contemplados en los sectores especiales .....	408
<i>A) Dominio público hidráulico</i> .....	408

<i>B) Dominio público costero</i> .....	409
<i>C) Dominio público portuario</i> .....	410
<i>D) Especial referencia a la concesión minera</i> .....	411
<i>E) Dominio público forestal</i> .....	415
<i>F) Usos de las vías pecuarias</i> .....	415
<i>G) Dominio público radioeléctrico</i> .....	415
<i>H) Usos de las carreteras</i> .....	416
2.1.6. Cesiones gratuitas: renuncia a la valorización.....	416
2.2. Usos del dominio público en las Leyes de Patrimonio de las Comunidades Autónomas.....	428
2.3. Usos del dominio público en el ámbito local .....	447
2.3.1. Clases de uso.....	447
2.3.2. Las tasas en el ámbito local .....	448
2.3.3. Cesiones gratuitas .....	453
3. Aprovechamiento y explotación de los bienes y derechos patrimoniales. en especial los bienes y derechos patrimoniales afectos a un servicio o función pública .....	453
3.1. Introducción.....	453
3.2. Bienes patrimoniales afectos a funciones públicas.....	455
3.3. Bienes patrimoniales no afectos a funciones públicas.....	456

## **CAPÍTULO VII. LAS POSIBILIDADES TRADICIONALES OTORGADAS POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PARA LA VALORIZACIÓN**

1. División vertical en volúmenes de la propiedad pública demanial .....	463
1.1. Razones que dieron lugar a la práctica de división en volúmenes.....	463
1.2. Evolución histórica de la práctica de la división en volúmenes .....	465
1.2.1. La regla contenida en el art. 350 del Código civil.....	466
1.2.2. El criterio del interés.....	468
1.2.3. El subsuelo en la primera jurisprudencia contencioso-administrativa y en la jurisprudencia civil .....	470
1.2.4. Régimen urbanístico del subsuelo .....	472

1.3. La naturaleza jurídica del subsuelo.....	482
2. La división en volúmenes en el ámbito urbanístico.....	483
2.1. La cesión del dominio útil y la cesión plena del derecho de propiedad .....	483
2.2. Aplicación práctica de la operación de “división en volúmenes” .....	487
2.2.1. La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado .....	487
2.2.2. La doctrina del Tribunal Supremo.....	492
2.3. La exigencia de desafectación previa a la transmisión. ¿la división en volúmenes de la propiedad pública arrastra el régimen jurídico demanial? .....	497
3. La constitución de derechos reales en el ámbito demanial.....	502
3.1. Consideraciones generales.....	503
3.2. El derecho de superficie .....	505
3.2.1. Introducción.....	505
3.2.2. Notas esenciales sobre el derecho de superficie.....	509
3.2.3. La parcelación urbanística .....	517
3.2.4. El derecho de vuelo y de subsuelo.....	521

## **CAPÍTULO VIII. LA VALORIZACIÓN A TRAVÉS DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

1. La financiación de infraestructuras públicas: redefinición del papel de las Administraciones públicas.....	529
1.1. Consideraciones previas .....	529
1.2. La iniciativa «project bonds» o emisión de bonos, un instrumento innovador de financiación de infraestructuras.....	521
1.3. Las características de las infraestructuras públicas .....	536
1.4. La legislación en materia de infraestructuras públicas .....	539
1.5. Los dogmas demaniales como límite a la financiación de infraestructuras públicas.....	541
2. La limitación de la demanialidad en el ámbito de la obra pública para permitir la financiación privada de infraestructuras.....	543
3. Las obras públicas .....	547
3.1. Introducción.....	547

3.2. Definición de obra pública .....	548
3.2.1. Elementos que integran la definición .....	548
3.2.2. Principios de realización de las obras públicas .....	551
3.3. Evolución legislativa de las obras públicas .....	552
3.4. El contrato administrativo de obras .....	553
3.4.1. Consideraciones previas .....	553
3.4.2. Concepto.....	554
3.4.3. Sujetos, contenido y objeto.....	554
3.4.4. La celebración del contrato de obras .....	555
3.4.5. La ejecución del contrato de obra.....	558
3.4.6. La extinción del contrato de obras.....	563
3.4.7. La resolución del contrato de obras.....	564
4. Contrato de concesión de obras públicas .....	564
4.1. Introducción.....	564
4.2. El concepto de concesión de obras públicas.....	566
4.3. Evolución de la regulación de la concesión de obras en españa .....	568
4.4. Principios configuradores de la concesión de obras públicas: riesgo concesional y equilibrio económico-financiero de la concesión.....	570
4.5. Tratamiento contable de los contratos de concesión de obras públicas.....	573
4.6. Actuaciones preparatorias del contrato.....	575
4.6.1. Estudio de viabilidad .....	575
4.6.2. Anteproyecto de construcción y explotación de la obra.....	577
4.6.3. Proyecto de obra .....	577
4.6.4. Convocatoria de licitación .....	577
4.7. Régimen económico-financiero de la concesión .....	578
4.7.1. Consideraciones generales.....	578
6.7.2. Financiación de la concesión.....	579
4.8. Extinción del contrato de concesión de obras públicas .....	594

5. Arrendamiento operativo como técnica patrimonial de CPP .....	597
5.1. Introducción .....	597
5.2. Concepto .....	599
5.3. Regulación jurídica .....	600
5.4. Elementos .....	601
5.5. Diferencias entre el arrendamiento operativo y el arrendamiento financiero ...	605
6. El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado .....	607
6.1. Introducción .....	607
6.2. Ubicación sistemática .....	607
6.3. Definición y regulación jurídica .....	608
6.4. Naturaleza y finalidad .....	611
6.5. Nacimiento de los contratos de cpp y recepción en el derecho comunitario y en el derecho español .....	612
6.5.1. Impulso comunitario europeo .....	612
6.5.2. Incorporación a nuestro ordenamiento jurídico .....	615
6.6. Motivos que justifican la incorporación de estos contratos .....	618
6.6.1. Causas generales .....	618
6.6.2. La decisión de EUROSTAT, de 11 de febrero de 2004, sobre el tratamiento contable en las cuentas nacionales de los contratos firmados por entidades públicas, en el marco de operaciones de colaboración con entidades privadas ...	619
6.7. Características .....	622
6.8. Elementos subjetivos y objetivos .....	624
6.8.1. Elementos subjetivos .....	624
6.8.2. Elementos objetivos .....	626
6.9. Razones para recurrir a la utilización de estos contratos .....	629
6.9.1. Ventajas .....	629
6.9.2. Elementos claves a la hora de decidir la celebración de un contrato de CPP... ..	630
6.9.3. Inconvenientes .....	631

6.10. El contenido del contrato de colaboración.....	633
6.10.1. Reparto de riesgos entre el contratista y la Administración .....	633
6.10.2. Remuneración del contratista .....	634
6.11. Procedimiento de contratación .....	635
6.12. La duración de los contratos de CPP .....	639
6.13. La aplicación real de los contratos de CPP.....	640
6.13.1. Panorama europeo .....	640
6.13.2. Situación española .....	640
6.14. La colaboración entre el sector público y el sector privado en el derecho comparado .....	642
6.14.1. Francia .....	642
6.14.2. Reino Unido. El origen de los <i>Public Private Partnerships: Private Finance Initiative</i> .....	646
A) <i>Cuestiones fundamentales</i> .....	646
B) <i>Los objetivos de la PFI</i> .....	646
C) <i>Caracteres de la PFI y estructuras organizativas involucradas en la misma.</i> 647	
D) <i>Fórmulas que pueden adoptar los proyectos PFI</i> .....	648
E) <i>Riesgos presentes en un proyecto de PFI y su posible transferencia al sector privado</i> .....	649
F) <i>Otros mecanismos de cooperación</i> .....	650
7. Contrato de gestión de servicios públicos .....	651
7.1. Consideraciones generales.....	651
7.2. Concepto .....	652
7.3. Ámbito material del contrato .....	652
7.4. Modalidades de contratación: la concesión de servicio público.....	654
8. Delimitación de figuras afines .....	655
8.1. Contrato de CPP y contrato de concesión de obras públicas .....	656
8.2. Contrato de obras y contrato de concesión de obras públicas .....	657
8.3. Contrato de CPP y contrato de gestión de servicios públicos .....	658

8.4. Contrato de gestión de servicios públicos y contrato de concesión de obras públicas.....	659
8.5. Contrato de CPP y contrato de servicios y de suministros.....	660
9. Recapitulaciones sobre las ventajas financieras a la luz del análisis de las nuevas figuras contractuales.....	662
Conclusiones.....	665
Conclusioni.....	689
Bibliografía.....	713





## **PRESENTACIÓN: OBJETO Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

El régimen jurídico de los bienes demaniales se ha caracterizado tradicionalmente por el mantenimiento riguroso de los dogmas que lo presiden: inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad. Consecuentemente, esta clase de bienes se ha resguardado de todo acto, consciente e inconsciente, que pudiera suponer la adquisición del bien o de cualquier derecho sobre el mismo por parte de un particular. Al considerarse, sin embargo, que el tráfico jurídico privado menoscaba la función pública de los bienes demaniales, sí se ha admitido la constitución de derechos de ocupación concedidos por la Administración a favor de los particulares en forma de autorizaciones y concesiones demaniales, que sólo ocasionan el nacimiento de derechos reales de carácter estrictamente administrativos que no contravienen el principio de inalienabilidad.

Frente a esta visión hiperprotectora del principio de inalienabilidad, surge la conveniencia de matizar sus efectos siempre y cuando -y esto es clave- el destino demanial al que están afectos los bienes, no se vea perjudicado. La política económica marcada por la Unión Europea también va en este sentido. Ahondando en esta idea, el ordenamiento jurídico está virando -de una forma arrítmica y asistemática, pero claramente perceptible- de una óptica de conservación y resguardo del dominio público hacia una tendencia de “valorización” o rentabilización del mismo, que implica la toma de conciencia del valor de los patrimonios públicos y la voluntad de racionalizar y rentabilizar su gestión para conseguir, de esta manera, una mayor eficacia en la prestación de los servicios y fines públicos, y, en definitiva, una mejor satisfacción del interés general.

Ciertamente, la propiedad pública se ha convertido en un Derecho de explotación. Las Administraciones públicas han entendido que el dominio público es un “tesoro latente” que requiere ser bien gestionado y explotado, en beneficio del uso público y de la gestión de los servicios públicos. Quiere decirse que han

comprendido que se trata de una riqueza colectiva, cuya administración debe asegurar la mejor explotación para el interés general.

La gestión dinámica -y no solamente conservadora- del patrimonio se impone en la actualidad y los propietarios públicos no escapan a estos nuevos imperativos.

No obstante, es necesario insistir y aclarar de antemano que estos nuevos imperativos podrán traducirse en la práctica en diversos negocios jurídicos, siempre y cuando no pongan en peligro la afectación de los bienes.

No es difícil imaginar que no será sencillo en todos los casos lograr la compatibilidad entre la voluntad de valorizar y la de proteger los bienes públicos. Por ello, habrá que tener presente la escala de la demanialidad formulada por DUGUIT y someter los bienes demaniales a una u otra tendencia, y en mayor o menor intensidad, en función de los requerimientos de la afectación.

La puesta en práctica de los cambios propuestos por la valorización no deja de ser complicada, ya que la regla de la inalienabilidad y su interpretación jurisprudencial han dificultado enormemente la tarea, ocasionando una verdadera hipertrofia de la demanialidad pública. Por este motivo, han sido formuladas varias propuestas que pretenden colocar la demanialidad pública en el lugar que le corresponde y devolverle la función que tiene encomendada: proteger la afectación de los bienes demaniales. Constatándose, por otra parte, que el régimen demanial no tiene por qué perdurar cuando cesa la afectación.

Hemos estructurado la investigación en ocho capítulos, en función de los campos en los que entran en contacto instrumentos jurídico-privados y dominio público. En el primero se pretende dar una visión general del régimen jurídico del dominio público, categoría fundamental de los bienes públicos. Ciertamente, para poder estudiar la corriente de valorización o rentabilización de aquél, debemos analizar sus notas fundamentales, con el objetivo de ser capaces de comprender su evolución, partiendo de sus inicios hasta llegar a su situación actual. Se describen, así, los dogmas configuradores del régimen jurídico demanial y la necesidad de su matización, así como los elementos que conforman el dominio público. Dentro de estos últimos, se presta especial atención a la extensión del concepto de bienes demaniales a derechos. La afirmación de que el dominio público puede estar integrado no únicamente por bienes, sino también por derechos, puede sorprender a quienes imbuidos de la tradicional

creencia de que el dominio público no puede consistir en derechos reales limitados, distintos del pleno dominio sobre la cosa, consideran imposible la existencia de *iura in re aliena* de naturaleza demanial. Sin embargo, la LPAP ha desterrado esta creencia, al contemplar expresamente la posibilidad de reconocer como objeto posible del dominio público no sólo a los bienes, sino también a los derechos. Para concluir el Capítulo, se examina el régimen jurídico de las facultades y prerrogativas para la defensa y protección de los bienes públicos.

El segundo Capítulo explica la nueva pretensión de valorización de los bienes demaniales propiamente dicha, la cual puede definirse como la maximización de los beneficios que cabe obtener de los bienes pertenecientes a las Administraciones públicas y que tiene como finalidad conseguir la mejor satisfacción o la búsqueda de una mejor satisfacción del interés general. En definitiva, se entiende como una valorización al servicio de la utilidad pública, que no supone exclusivamente la búsqueda de la mejor rentabilidad financiera.

Una vez explicado el concepto “valorización” y la corriente que el mismo designa, se analizan en profundidad sus causas específicas; las dificultades a las que tiene que hacer frente; los fines que persigue y los instrumentos utilizados en nuestro ordenamiento jurídico para favorecer la explotación. Todo ello con el objeto de mostrar la dimensión actual del fenómeno que trasciende ciertamente del plano teórico. Son muchos los supuestos que demuestran que en la práctica las Administraciones públicas acuden a las herramientas propuestas por la citada tendencia.

En el tercer Capítulo se aborda el fenómeno de la afectación como clave de la demanialidad pública, puesto que la voluntad de las Administraciones públicas de rentabilizar económicamente la propiedad debe tomar como punto de partida el hecho de que la afectación a una utilidad pública fija un régimen de protección especial del dominio público dirigido al cumplimiento de sus exigencias, pero ceñido también a los requerimientos de la misma.

El Capítulo cuarto se encarga de la perspectiva comparada ya que el análisis de la corriente de valorización no estaría completo sin ese estudio. Por este motivo, se analiza la regulación jurídica de otros países de nuestro entorno -Francia e Italia-, en los cuales también existe la *summa divisio* entre bienes públicos y privados. En ellos se ha mirado la teoría del dominio público con recelo, al considerárselo un obstáculo -por su rigidez- para responder a la demanda de las grandes infraestructuras públicas por parte

de la sociedad. También en ellos los postulados tradicionales del Derecho administrativo de bienes se han matizado, puesto que ahora la necesaria consideración del interés general es ponderada por las exigencias de explotación y el carácter absoluto de la afectación, leído a la luz de los imperativos económicos.

En los últimos años tanto el legislador francés como el italiano han prestado especial atención al fenómeno de improductividad del demanio, iniciando un proceso de transformación y modernización, que comporta varias consecuencias.

El Capítulo quinto se ocupa de la distinta aplicación de la valorización en los bienes demaniales y en los bienes patrimoniales afectos, pues ésta no puede aplicarse con la misma intensidad ni de igual manera sobre toda clase de bienes públicos. Si bien es cierto que el lugar preeminente que ocupan los bienes de dominio público ha ocasionado un efecto expansivo del régimen demanial sobre las demás formas de propiedad pública, sin que siempre existan motivos que lo justifiquen, también lo es que estos bienes cumplen una finalidad pública que debe ser bajo toda circunstancia respetada. Por todo lo anterior, es importante examinar cómo puede obtenerse una mayor rentabilidad a partir de los distintos tipos de bienes y en función de las notas características de cada grupo.

En este ámbito, se profundiza en la categoría de los bienes patrimoniales afectos, introducida por el Tribunal Constitucional, tras su Sentencia núm. 166/1998, de 15 de julio, reparando tanto en los bienes que merecen esta calificación porque así lo establece alguna norma, como en aquellos otros en que no se contempla así, pero sí sería conveniente que se hiciera.

La importante cuestión de las formas que se han venido utilizando tradicionalmente para la rentabilización del dominio público es tratada en el sexto Capítulo. En efecto, una de sus manifestaciones más típicas tiene lugar a través de las ocupaciones demaniales ya que los usos que se lleven a cabo permiten una ganancia y disfrutar de las mejoras realizadas por los ocupantes. Los operadores privados proporcionan un desarrollo financiero de los bienes públicos gracias a la ocupación y a la productividad aportada.

Asimismo, se aborda en este Capítulo otra de las figuras enmarcadas en la corriente de rentabilización: la cesión gratuita de bienes, ya que permite a las Administraciones públicas ceder sus bienes para el cumplimiento de fines de interés

general.

Seguidamente, en el séptimo Capítulo, se analiza la división en volúmenes de la propiedad demanial. Esta segregación vertical de parcelas es la estratificación de la propiedad que implica la creación de fincas separadas y autónomas mediante la división de las mismas: una, la superficiaria, de dominio público, y una segunda que, tras su desafectación, se convierte en bien patrimonial.

La posibilidad de aplicar o sujetar cada volumen a un régimen jurídico diferente es otro de los instrumentos existentes en la actualidad, que favorece ciertamente la valorización del dominio público. Por este motivo, se aborda este fenómeno que puede producirse mediante la cesión del dominio útil de parcelas -pues el Urbanismo, al regular el derecho de superficie, así lo ha permitido- o incluso mediante la cesión del derecho de propiedad pleno de terrenos ubicados en el vuelo o subsuelo de bienes de dominio público.

A propósito del derecho de superficie, se estudia la constitución de derechos reales sobre el dominio público con el objetivo de superar la inestabilidad e inseguridad de los ocupantes privativos. En este contexto destaca singularmente el hecho de que para paliar esta situación, una de las soluciones que ha sido adoptada en otros ordenamientos jurídicos consiste -precisamente- en el reconocimiento de derechos reales de naturaleza civil sobre el dominio público desmembrados del derecho de propiedad, a favor de un particular.

Finalmente, en el octavo y último Capítulo se abordan algunas de las nuevas fórmulas contractuales empleadas para financiar infraestructuras y servicios; particularmente, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, el contrato de concesión de obras y el arrendamiento operativo. Al resultar insuficientes los mecanismos tradicionales de financiación presupuestaria, se intentan buscar otras figuras jurídico-económicas a través de las cuales el sector público pueda contar con la colaboración del sector privado, sin vulnerar las limitaciones legales impuestas sobre el déficit y el endeudamiento. Estas fórmulas novedosas posibilitan un alto grado de privatización de la construcción y de explotación de los bienes públicos. Con ellos se rompe la asimilación entre obra pública y dominio público, al tiempo que se eliminan las limitaciones del dominio público, que impiden la aplicación del régimen normal de propiedad. No quiere esto decir que los instrumentos vayan a aportar soluciones extraordinarias, sino que pueden, en algunas ocasiones, resultar favorables para las

Administraciones y, en consecuencia, para la colectividad. Habrá que analizar cada caso y determinar en función de las circunstancias concretas si es conveniente o no su utilización.

No quisiera, por último, terminar esta presentación sin expresar mi más sincero agradecimiento a todos aquellos que generosamente me han ayudado y animado a lo largo de esta investigación. Por ello, quisiera hacer expresa la profunda gratitud que debo a los miembros del Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Todos ellos me han ayudado sin esperar nada a cambio; particularmente, la Profesora Dña. María del Carmen Ortiz de Tena.

De forma muy especial, quisiera agradecer a mis directores, al Profesor D. Juan Antonio Carrillo Donaire, quien me transmitió el amor por el oficio universitario y que tanto alumbró mi vocación. A él deberé siempre el haber podido comenzar este camino.

Igualmente, a la Profesora Dña. Encarnación Montoya Martín, por sus sabios consejos y enseñanzas, y por ser mi gran apoyo en los momentos más difíciles.

## **PRESENTAZIONE: OGGETTO ED OBIETTIVI DELLA RICERCA**

Il regime giuridico dei beni pubblici è stato tradizionalmente caratterizzato dal mantenimento rigoroso dei dogmi che lo presidono: l'inalienabilità, l'insuscipibilità e l'imprescrittibilità. Di conseguenza, questo tipo di beni è protetto da qualsiasi atto, conscio e inconscio, che potrebbe portare all'acquisizione del bene o di qualsiasi diritto su di esso da un privato. Tuttavia, considerando, che le operazioni giuridiche private riducono le funzioni pubbliche dei beni demaniali, si ammette la costituzione di diritti di occupazione, concessi dall'Amministrazione, in forma di autorizzazioni e concessioni demaniali, che solo causano la nascita di diritti reali di natura strettamente amministrativa e non contravvengono il principio di inalienabilità.

Contro questa visione iperprotettiva del principio d'inalienabilità emerge la possibilità di attenuarne gli effetti quando -e questa è la soluzione- la destinazione demaniale dei beni, non è compromessa.

Sviluppando questa idea, l'ordinamento giuridico sta evolvendo in modo aritmico e non sistematico, ma chiaramente sempre nell'ottica di conservazione e gestione del dominio pubblico in un trend di recupero e/o di redditività della stesso; ciò implica la consapevolezza del valore dei beni pubblici e la volontà di razionalizzarne la gestione, migliorando così l'efficienza della fornitura di servizi e finalità pubbliche e quindi servire meglio l'interesse generale.

Certamente la proprietà pubblica è diventata un bene da usare: le Amministrazioni pubbliche hanno capito che il bene demaniale è un "tesoro vivente" che deve essere ben gestito e sfruttato a vantaggio dell'uso pubblico e dei servizi pubblici. Significato che hanno capito che si tratta di una ricchezza collettiva, la cui amministrazione deve garantire la migliore disposizione per l'interesse generale.

La gestione dinamica -e non solo conservatrice- del patrimonio è oggi una



necessità e le pubbliche Amministrazioni non sfuggono a questi nuovi imperativi.

Tuttavia, è necessario sottolineare e chiarire in anticipo che questi nuovi requisiti saranno tradotti in pratica in diversi percorsi giuridici, purché non mettano a repentaglio la destinazione dei beni.

Non sarà sempre facile la compatibilità tra il desiderio di valorizzare e di proteggere la proprietà pubblica. La scala della demanialità realizzata da DUGUIT può costituire un riferimento a tal fine.

L'applicazione delle modifiche proposte dalla valorizzazione non è facile, in quanto la regola di inalienabilità e la sua interpretazione giudiziaria ne hanno notevolmente ostacolato il percorso. Per questo motivo sono state fatte diverse proposte per cercare di collocare la demanialità al suo giusto posto e ripristinare il compito affidato: la protezione dei beni pubblici. Premesso, inoltre, che il regime demaniale non deve essere sopportato quando cessa coinvolgimento.

La ricerca si sviluppa in otto Capitoli. Il primo è destinato a dare una visione panoramica del regime giuridico del demanio, categoria fondamentale di beni pubblici. Al fine di studiare la corrente della valorizzazione o la redditività dei beni, se ne devono analizzare gli elementi fondamentali, per essere in grado di comprenderne la evoluzione dal suo inizio. Sono descritti così, i principi demaniali configuratori del sistema giuridico e la necessità di limitazione, così come gli elementi configuratori del demanio. All'interno di questi ultimi, si presta particolare attenzione all'estensione del concetto dei diritti dei beni demaniali. L'affermazione che al demanio competono diritti, può sorprendere coloro immersi nella convinzione tradizionale che il dominio pubblico non può essere limitato rispetto al pieno controllo del bene, considerano impossibile l'esistenza di *jura in re aliena* di natura demaniale. Tuttavia, la Legge spagnola del Patrimonio delle Amministrazioni pubbliche 33/2003, 3 novembre (LPAP) ha rimosso questa certezza contemplando espressamente il dominio pubblico oggetto non solo di beni, ma anche diritti. Per concludere il capitolo, si analizza il regime giuridico dei poteri e delle prerogative per la difesa e la tutela dei beni pubblici.

Il secondo Capitolo spiega l'ambizione di valorizzazione dei beni demaniali, che può essere definita come l'ottimizzazione dei vantaggi ottenibili da beni appartenenti alle Amministrazioni pubbliche al fine di conseguire il miglior risultato riguardo l'interesse generale da non confondersi con il solo vantaggio finanziario.

Dopo aver spiegato il concetto di "valorizzazione" e le sue implicazioni, vengono analizzate in profondità le cause specifiche, le difficoltà da affrontare, gli obiettivi e gli strumenti utilizzati nel nostro ordinamento per facilitarne l'applicazione. Il tutto con l'obiettivo di mostrare l'attuale dimensione del fenomeno che trascende il solo aspetto teorico. Molti casi dimostrano che, in pratica, le amministrazioni pubbliche già fanno uso degli strumenti richiesti da questa tendenza.

Nel terzo Capitolo la destinazione dei beni è intesa come chiave della demanialità, dal momento che la volontà dei proprietari di sfruttare economicamente la proprietà deve prendere come assioma il fatto che, trattandosi di dominio pubblico è necessaria una protezione speciale dello stesso finalizzata a soddisfare le ambizioni dei proprietari e contemporaneamente a rispettare le esigenze della pubblica utilità.

Il quarto Capitolo espone un'analisi comparativa della corrente di valorizzazione con altri Paesi. Per questo motivo, si analizza la regolamentazione giuridica di altri paesi vicini, Francia e Italia nei quali il diritto demaniale è stato considerato un ostacolo -per la sua rigidità- a soddisfare la domanda di grandi infrastrutture pubbliche. Anche in questi Paesi i principi tradizionali del Diritto amministrativo dei beni demaniali sono attenuati alla luce degli imperativi economici.

Negli ultimi anni sia il legislatore francese che il legislatore italiano hanno dedicato particolare attenzione al demanio improduttivo, avviando un processo di trasformazione e modernizzazione, che implica varie conseguenze.

Il quinto Capitolo tratta l'applicazione diversa della valorizzazione riguardo i beni demaniali e i beni patrimoniali, infatti questa non può essere applicata con la stessa intensità e allo stesso modo su tutti i tipi di beni pubblici. Ciò deriva dal fatto che i beni demaniali hanno occupato un posto preminente tra i beni pubblici, spesso senza ragione pur assumendone il rispetto di pubblica utilità.

Con questa premessa, è importante esaminare come ottimizzare le risorse disponibili secondo le diverse caratteristiche di ciascun gruppo di beni.

Quindi, nella categoria di beni patrimoniali elencati dalla Corte Costituzionale (Sentenza num. 166/1998 del 15 luglio 1998), si cerca di analizzare sia quei beni rispondono ai criteri imposti sia quelli che sarebbe opportuno includere..

Le attuali possibilità di valorizzazione del demanio sono trattate nel sesto capitolo. La questione importante delle possibilità tradizionali concesse dal

demanio per la valorizzazione è trattata nel sesto capitolo. Una delle forme in uso di recupero è riguarda le concessioni di spazi demaniali con l'obiettivo di ottenere profitto e migliorie. Gli operatori privati di fornire uno sviluppo finanziario di proprietà pubblica da occupazione e produttività fornita.

Nel capitolo si affronta anche la possibilità della cessione gratuita dei beni quando ciò risponde alla finalità dell'interesse generale.

Poi, nel settimo Capitolo, è discussa la possibilità di divisione della singola unità della proprietà demaniale. La stratificazione della proprietà comporta la creazione di beni separati ed autonomi, che hanno la possibilità di diventare così parzialmente anche beni patrimoniali.

La capacità di applicare o allegare ogni parte a un regime giuridico diverso è uno degli strumenti esistenti, che favorisce certamente la valorizzazione del demanio. Si affronta così il tema sia della concessione di utilizzo (come ad esempio un diritto di superficie) sia della cessione piena di proprietà dei beni demaniali.

Quindi a proposito del Diritto di superficie, ovvero il diritto solamente di usare l'area coinvolta per scopi differenti, si studia la creazione di diritti reali sul dominio pubblico al fine di superare l'instabilità e l'insicurezza dei proprietari privati.

In questo contesto, sottolinea in modo univoco il fatto che, per evitare tale situazione, una soluzione che è stata adottata in altre giurisdizioni è proprio nel riconoscimento di diritti reali, in favore di privati, di proprietà sui dominio pubblico spogliati del diritto di proprietà. .

Infine, l'ottavo e ultimo Capitolo si analizzano alcune delle nuove formule contrattuali utilizzate per finanziare infrastrutture e servizi; in particolare l'accordo di cooperazione tra il settore pubblico e il settore privato ed il contratto di *leasing*. Quando la situazione economico/finanziaria non risulta sufficiente si cercano altre forme giuridico/economiche che autorizzino la collaborazione tra pubblico e privato senza ledere le limitazioni legali imposte dal deficit e dal indebitamento.

Queste nuove formule consentono un alto grado di privatizzazione delle opere edili e di gestione di beni pubblici. Non si vuole dire che questi strumenti forniranno soluzioni straordinarie, ma possono offrire soluzioni favorevoli alle Amministrazioni e conseguentemente alla comunità. Non esistono soluzioni standard, ogni caso dovrà

PRESENTAZIONE: OGGETTO ED OBIETTIVI DELLA RICERCA

essere esaminato concretamente.



**CAPÍTULO I. LA VALORIZACIÓN DE LA PROPIEDAD  
PÚBLICA EN EL MARCO DE LA TEORÍA GENERAL  
DEL DOMINIO PÚBLICO**



## **1. LA TEORÍA GENERAL DEL DOMINIO PÚBLICO**

### **1.1. EL CONCEPTO DE DOMINIO PÚBLICO Y SU NECESARIA REFORMULACIÓN**

#### **1.1.1. La tipología de bienes públicos**

El dominio público constituye la categoría fundamental de los bienes públicos. Sin embargo, de esta institución, que ha resultado ser una de las más controvertidas, dentro del Derecho administrativo, se ha vislumbrado la crisis e incluso se ha llegado a preconizar que tenía los días contados<sup>1</sup>. A pesar de todo lo cual, el dominio público sigue presente entre nosotros y su teoría continúa planteando problemas de difícil resolución.

Para la tarea que nos ocupa, esto es, estudiar la corriente de rentabilización o valorización del mismo, debemos analizar las notas fundamentales de su régimen jurídico, con el fin de que seamos capaces de comprender su evolución, partiendo desde sus inicios hasta llegar a la situación actual.

Con este propósito, debemos partir de nuestra Norma Suprema porque ya ella recoge y garantiza distintas categorías de bienes: los de propiedad privada (arts. 33 y 53.1), los reservados al sector público (art. 128.2), los bienes patrimoniales de ciertos Entes públicos (art. 132.3), los bienes de dominio público en general, los comunales y los que integran el Patrimonio Nacional (art. 132.3).

Todos estos bienes están subordinados al interés general, pero algunos tienen, además, una sumisión específica a un determinado fin de utilidad pública. El art. 132 se

---

<sup>1</sup> Así lo ha hecho NIETO GARCÍA, A., *Bienes comunales*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 3, y, más particularmente GONZÁLEZ BERENGUER, J.L., «Sobre la crisis del concepto de dominio público», *Revista de Administración Pública*, núm. 56, 1968, p. 191.



refiere a dichos bienes destinados especialmente al interés público, bien mediante su afectación, bien mediante su incorporación al régimen administrativo de los bienes patrimoniales<sup>2</sup>.

Ciertamente, ha de comenzarse su análisis acudiendo al precepto encargado de su reconocimiento constitucional<sup>3</sup> y de su mantenimiento institucional<sup>4</sup>: el art. 132 de la Constitución (en adelante CE).

El contenido del citado precepto art. 132 es el siguiente: «1. La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación. 2. Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental. 3. Por ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación».

En este artículo se contienen dos indicaciones relevantes<sup>5</sup> para el objeto de nuestra investigación. En primer lugar, la alusión sucesiva a nociones que parecen

---

<sup>2</sup> SAINZ MORENO, F., «El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la Revista de Administración Pública», *Revista de Administración Pública*, núm. 150, 1999, p. 479.

<sup>3</sup> GALLEGO ANABITARTE, A., *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación; autonomía local; opinión pública)*, Civitas, Madrid, 1994, p. 83, explica que la finalidad de constitucionalizar una determinada categoría jurídica es «limitar la posibilidad de libre disposición por parte del legislador a la hora de regularla». También en este sentido, BAÑO LEÓN, J.M., «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, p. 170, afirma: «Reconocido que la norma constitucional tiene primacía sobre la legislación, que la Constitución, por tanto, se impone al legislador, hay que reconocer también que toda institución o derecho contenido en la Constitución goza de una garantía frente al legislador». Puntualiza CHINCHILLA MARÍN, C., *Bienes patrimoniales del Estado (concepto y formas de adquisición por atribución de Ley)*, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 69, que «la institución constitucionalmente garantizada no implica la defensa de una institución o, más genéricamente hablando, de una categoría jurídica, con las características y el significado concretos que tenga en un momento dado, sino que garantiza la existencia de tal institución en el respeto de sus rasgos esenciales, y no en la forma de un status quo». Sin embargo, «el Tribunal Constitucional ha afirmado que las Instituciones públicas o los Institutos de Derecho privado constitucionalmente garantizados no pueden ser modificados en términos que afecten a su contenido esencial, de manera que, aun conservándose la antigua denominación, ésta venga a designar un contenido en el que la conciencia social no reconoce ya la Institución garantizada, y ha sostenido a continuación que otra cosa bien distinta es que el legislador pueda, como efectivamente puede modificar las definiciones o los criterios definitorios de realidades naturales, no jurídicas, a las que la Constitución alude».

<sup>4</sup> GALLEGO ANABITARTE, A., *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial...*, *op. cit.*, p. 79, precisa que las denominadas garantías institucionales no siempre y no sólo están referidas a derechos fundamentales, sino que pueden no tener relación alguna con ellos.

referirse a instituciones distintas, pero que están relacionadas entre sí, pues todas ellas remiten a un régimen distinto al de la propiedad privada, previsto en el art. 33 de la CE. En segundo lugar, en el ámbito estricto del dominio público, se establece una reserva de ley [reserva legal cumplida hoy por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante LPAP)] que recae sobre varios objetos: el régimen jurídico de los bienes de dominio público y su desafectación, por un lado; y la determinación de los bienes que pertenecen al dominio público estatal, por otro.

Las distintas clasificaciones de bienes deben ser tenidas en cuenta para poder efectuar una descripción completa del estatuto de los bienes públicos, puesto que hace falta concluir el cuadro, añadiendo a la categoría central del dominio público, cuyo estudio nos proponemos abordar, otras de trascendencia económica y social diversa<sup>6</sup>. Así, el propio texto constitucional se encarga de citar y dispensar a los bienes comunales el mismo tratamiento que a los de dominio público, desde el punto de vista de los principios que han de inspirar su régimen. Seguidamente, menciona tanto el Patrimonio del Estado como el Patrimonio Nacional, cuya especialidad deriva de la titularidad del uso, remitiendo a la ley, la regulación de su administración, defensa y conservación.

Los bienes comunales se definen, como señala el art. 79.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LBRL), como aquéllos cuyo aprovechamiento y disfrute corresponde al común de los vecinos. Pertenecen al Municipio<sup>7</sup>, lo que implicaría que pudieran recibir la calificación de bienes demaniales

---

<sup>5</sup> FONT I LLOVET, T., «La ordenación constitucional del dominio público», MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, p. 3919.

<sup>6</sup> MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I., «El estatuto jurídico de los bienes. Las transformaciones del Derecho público de bienes: del dominio público a las cosas públicas», MONTORO CHINER, M.J. (coord.), *Las infraestructuras ferroviarias del III milenio*, Cedecs, Barcelona, 1999, p. 57.

<sup>7</sup> COLOM PIAZUELO, E., *Los bienes comunales en la legislación de régimen local*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 35 y ss., llama la atención sobre la importancia de esta cuestión, afirmando que: «La determinación del propietario de los patrimonios vecinales constituye uno de los elementos fundamentales del concepto de bien comunal» y explica que debido al silencio sobre la titularidad de estos bienes, ha tenido lugar una amplia discusión de carácter teórico. Así, se han propuesto tres teorías en relación con la titularidad de los bienes comunales: los bienes comunales pertenecen al común de los vecinos; la teoría de la titularidad compartida, en la que el Municipio es el nudo propietario y la comunidad vecinal tiene un derecho real de goce que recae sobre la propiedad local; y la atribución del dominio a la Entidad local. En la actualidad, este debate doctrinal carece prácticamente de consecuencias, puesto que la legislación vigente parte de que los bienes comunales pertenecen a las Entidades locales. Esto se fundamenta en la propia naturaleza demanial atribuida por el art. 80.1 de la LBRL y el hecho de que los bienes de dominio público pertenecen exclusivamente a las Administraciones públicas. A pesar de

o patrimoniales<sup>8</sup>. No obstante, de la interpretación sistemática de los arts. 79 y 80 de la LBRL se puede concluir que se integran dentro de la categoría de cosas *extra commercium*, denominada dominio público<sup>9</sup>. Tal calificación se reitera en el art. 2.3 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (en adelante RBEL), al afirmar que tienen la consideración de comunales aquellos bienes de dominio público cuyo aprovechamiento corresponde al común de los vecinos.

Este carácter demanial también ha sido admitido por la jurisprudencia<sup>10</sup>.

Por su parte, el Patrimonio Nacional<sup>11</sup> es el conjunto limitado de bienes, definidos en la Ley 23/1982, de 16 de junio, reguladora del Patrimonio Nacional, concretamente, en el art. 2, como aquéllos afectados al uso y servicio del Rey y de los miembros de la Real Familia para el ejercicio de la alta representación que la CE y las leyes les atribuyen. Su régimen jurídico es prácticamente el mismo del dominio público,

---

ello, SANTAMARÍA PASTOR, J.A., «Objeto y ámbito. La tipología de los bienes públicos y el sistema de competencias», CHINCHILLA MARÍN, C. (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, *op. cit.*, p. 77, argumenta: «Sea o no equiparable su régimen al de los bienes demaniales en sentido estricto, la singularidad que entraña la titularidad colectiva de su aprovechamiento y, sobre todo, la expresa mención que les dedica el texto constitucional son datos que hubieran aconsejado al menos una alusión -el autor se refiere a la LPAP- a estos bienes, por más que el legislador se remitiera acto seguido a lo dispuesto en la normativa de régimen local».

<sup>8</sup> El art. 79 de la LBRL establece: «1. El patrimonio de las Entidades locales está constituido por el conjunto de bienes, derechos y acciones que les 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».

<sup>9</sup> COLOM PIAZUELO, E., «El proceso de formación de la noción de bien comunal y sus consecuencias», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 111, 2001, pp. 373 y ss.

<sup>10</sup> Entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de noviembre de 1986, -RJ 1986/6251-, sostiene que antes de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 los bienes comunales tenían un régimen jurídico que los asimilaba a los de dominio público, declarándolos inalienables, imprescriptibles e inembargables, y que después de la misma son expresamente demaniales. En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de noviembre de 1995, -RJ 1995/8567-, indica que los bienes comunales están afectados al uso y al aprovechamiento vecinal.

<sup>11</sup> LÓPEZ RODÓ, L., «Naturaleza jurídica de los bienes del Patrimonio Nacional», *Estudios dedicados al Profesor Gascón y Marín en el cincuentenario de su docencia*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1952, pp. 527-556; BASSOLS COMA, M., «Instituciones administrativas al servicio de la Corona: Dotación, Casa de S.M. el Rey y Patrimonio Nacional», *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, 1983, pp. 891-933; y MUÑOZ DEL CASTILLO, J.L. y VEGA HERRERO, M., «Patrimonio del Estado y Patrimonio Nacional: aspectos jurídico-financieros», MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (dir.), *Estudios de Derecho y Hacienda: homenaje a César Albiñana García-Quintana*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1987, pp. 605-642.

aunque no puedan técnicamente ser calificados como tales<sup>12</sup>. Su trascendencia, sin perjuicio de la alta misión y del indudable valor intrínseco de estos bienes desde el punto de vista histórico, artístico, cultural, etc., se comprende que es muy limitada.

No puede decirse lo mismo del Patrimonio del Estado, integrado por bienes cuyo régimen jurídico se caracteriza por no estar sometido a las reglas de la inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, ni al criterio de la afectación. Son bienes que le pertenecen al Estado y no están destinados ni a un uso público, ni a un servicio público, ni al fomento de la riqueza nacional, y que constituyen, por ello, la propiedad privada del Estado o su dominio privado, por contraposición a su dominio público. La CE sólo menciona respecto de la propiedad privada los bienes integrados en el patrimonio del Estado, pero es evidente que su silencio no afecta de manera alguna a las Comunidades Autónomas ni a las Entidades locales. El silencio constitucional ha de interpretarse de forma positiva por las proclamaciones de autonomía y otras previsiones constitucionales aplicables a estas Administraciones.

### **1.1.2. El dominio público en la Ley de Patrimonio de las Administraciones públicas**

La LPAP utiliza un concepto amplio e impreciso de los bienes demaniales, pero no sólo de ellos, sino también del patrimonio mismo. Al igual que en el lenguaje coloquial, la expresión «bienes públicos» designa en esta norma a todas las cosas pertenecientes a las Administraciones públicas, sean de dominio público o sean de dominio privado.

Este sentido amplio se refleja en la legislación posterior a la CE, tanto local como autonómica, que ha sostenido que el patrimonio está formado por todos los bienes, derechos y acciones que pertenecen a las Administraciones públicas. Así, el art. 79 de la LBRL emplea el concepto de patrimonio para designar conjuntamente ambas categorías de bienes.

---

<sup>12</sup> El apartado segundo del art. 6 de su norma reguladora aclara: «Los bienes y derechos integrados en el Patrimonio Nacional serán inalienables, imprescriptibles e inembargables, gozarán del mismo régimen de exenciones tributarias que los bienes de dominio público del Estado, y deberán ser inscritos en el Registro de la Propiedad como de titularidad estatal. El Consejo de Administración del Patrimonio Nacional podrá interesar del Ministerio de Hacienda, en relación con los bienes y derechos a que se refieren los dos artículos precedentes, el ejercicio de las prerrogativas de recuperación, investigación y deslinde que corresponde al Estado respecto de los bienes de dominio público».

También los Estatutos de Autonomía se decantaron por esta posición, tal y como demostraba el incluir en el patrimonio de cada respectiva Comunidad Autónoma todos los bienes y derechos de la misma, con independencia de su naturaleza jurídica.

El art. 3.1 de la LPAP señala: *«El patrimonio de las Administraciones públicas está constituido por el conjunto de sus bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza y el título de su adquisición o aquel en virtud del cual les hayan sido atribuidos»*. Añadiendo, a continuación, en su apartado segundo, que *«No se entenderán incluidos en el patrimonio de las Administraciones públicas el dinero, los valores, los créditos y los demás recursos financieros de su hacienda ni, en el caso de las Entidades Públicas Empresariales y entidades análogas dependientes de las comunidades autónomas o corporaciones locales, los recursos que constituyen su tesorería»*<sup>13</sup>.

Fiel a la tradición, la LPAP consagra y reafirma la tipología clásica en nuestro Derecho, que distingue entre los bienes de dominio público o demaniales, y los bienes de dominio privado, o patrimoniales. Dice su art. 4: *«Por razón del régimen jurídico al que están sujetos, los bienes y derechos que integran el patrimonio de las Administraciones públicas pueden ser de dominio público o demaniales y de dominio privado o patrimoniales»*.

Esta distinción responde a la regulación establecida en los arts. 338 a 345 del Código civil (en adelante C.c.), que veremos seguidamente, en los que la tipificación no tenía un sentido idéntico al que la LPAP le atribuye<sup>14</sup>. Sin embargo, estas menciones hoy no son más que historia, por cuanto la LPAP ha venido a derogar los citados preceptos del Código civil.

---

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Derecho Administrativo Patrimonial: comentario a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, Tomo I*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 35, indica que el hecho de que no esté integrado el patrimonio por las obligaciones o relaciones jurídicas pasivas, es decir, deudas u obligaciones, sino sólo bienes y derechos, ocasiona que no pueda decirse que dicho patrimonio cumpla la función de ser garantía de las deudas de la Administración, ya que ésta —a diferencia de los particulares— no responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, presentes y futuros. El patrimonio de la Administración, a diferencia del patrimonio de un particular, no está regido con carácter general, por el principio de garantía o responsabilidad por las deudas contraídas o, al menos, no lo está en la misma forma.

<sup>14</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A., «Objeto y ámbito. La tipología de los bienes públicos y el sistema de competencias», CHINCHILLA MARÍN, C. (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio...*, op. cit., p. 75, recuerda que el Código no maneja un único concepto de dominio público, sino dos, de contenido diverso, según si los bienes demaniales pertenecían al Estado o a las Entidades locales; y, además, atribuía a los bienes patrimoniales un régimen jurídico idéntico al de la propiedad privada, como se deduce del texto de los arts. 340 y 345.

En todo caso, sí debe advertirse que la clasificación dual que la LPAP adopta no está exenta de críticas. La principal es que han quedado excluidos de la misma determinados bienes, tal y como demuestra el hecho de que el art. 4 de la LPAP no logra incluir todos los bienes que integran el patrimonio de las Administraciones públicas, pues no todos son demaniales o patrimoniales. La clasificación de la Ley no es exhaustiva.

Esto se refleja, en primer lugar, en el caso de los bienes integrantes del Patrimonio Nacional. Aunque la Ley atribuye a estos bienes la práctica totalidad de los rasgos característicos del dominio público, por lo que se considera que técnicamente forman parte de éste, su titularidad no corresponde a la Administración General del Estado, sino al Estado mismo, y la LPAP no se encarga de especificar las cuestiones que ello suscita.

Asimismo -y más cuestionable- en la omisión en la LPAP de la categoría de los bienes comunales, sobre los cuales guarda silencio.

Por último, la exclusión del concepto de patrimonio de cada Administración, a tenor del art. 3.2 de la LPAP, el dinero, los valores, los créditos y demás recursos financieros de su Hacienda. Paradójicamente, este respeto hacia lo hacendístico no ha encontrado su correlato en la ley 47/2003, General Presupuestaria, que regula la noción de Hacienda Pública donde se incluye el dinero y los demás recursos financieros que la LPAP excluye de la noción de patrimonio, siendo así que en pura lógica, ambos conceptos, patrimonio y de Hacienda Pública deberían ser de contenido equivalente.

La LPAP emplea dos criterios de distinción entre los dos bloques de bienes demaniales y patrimoniales. De una parte, el criterio principal o nominativo, en virtud del cual se califican determinados bienes como demaniales<sup>15</sup> o como patrimoniales, ya sea expresamente, ya sea por remisión a las calificaciones que hagan las leyes reguladoras de cada masa de bienes<sup>16</sup>. Esta última operación se lleva a cabo

---

<sup>15</sup> De acuerdo con el art. 5.3 de la LPAP, son bienes de dominio público, además de los enumerados expresamente en el art. 132.2 de la CE, «*Los inmuebles de titularidad de la Administración General del Estado o de los organismos públicos vinculados a ella o dependientes de la misma en que se alojen servicios, oficinas o dependencias de sus órganos o de los órganos constitucionales del Estado se considerarán, en todo caso, bienes de dominio público*». Por otro lado, se remite a lo que disponga en cada caso una Ley: «*(...) aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales*».

<sup>16</sup> El propio art. 5.1 de la LPAP considera bienes demaniales «*aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales*».

considerando la existencia de ciertos caracteres físicos o naturales homogéneos o unitarios de un recurso, bien o género de bienes. Cuando esto sucede, la demanialidad se produce en el momento en que los bienes reúnen las características físicas determinadas por la Ley. No obstante, ello no impide que la calificación legal pueda requerir ciertos actos de comprobación para acreditar que un bien concreto reúne las características propias del género demanial en cuestión.

De otra parte, el criterio secundario que utiliza una noción general o abstracta, según el cual se califican como bienes de dominio público los que «*se encuentren afectados al uso general o al servicio público*»<sup>17</sup>, siendo patrimoniales todos los restantes en los que no concurra esta causa<sup>18</sup>.

### **1.1.3. Los bienes públicos en el Código civil**

Según el art. 338 del C.c., los bienes, es decir, como define el art. 333, «*las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación*», son de dominio público o de propiedad privada. Con ello, se vino a recoger la clásica división existente entre los bienes considerados dentro y fuera del comercio.

Seguidamente, el art. 339 se ocupa del dominio público del Estado y, los arts. 340 y 345, del dominio de propiedad privada del mismo.

Son bienes de dominio público los que están destinados al uso público (art. 339.1), a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional (art. 339.2)<sup>19</sup>. Así, dentro de los bienes demaniales, se distinguen dos subgrupos: los bienes que son de dominio público por estar destinados al uso público y los que lo son por estarlo a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional y que «*pertenecen privativamente al Estado*». La diferencia entre unos y otros queda marcada por el hecho de que mientras el destino de los primeros es el uso común o público, esto es, un destino

---

<sup>17</sup> Éstos son los términos también contenidos en el citado art. 5.1 de la LPAP.

<sup>18</sup> Establece el art. 7 de la LPAP que son bienes y derechos de dominio privado, o patrimoniales, los que, siendo de titularidad de las Administraciones públicas, no tengan el carácter de demaniales. A continuación, el apartado segundo de este mismo artículo que: «*En todo caso, tendrán la consideración de patrimoniales de la Administración General del Estado y sus organismos públicos los derechos de arrendamiento, los valores y títulos representativos de acciones y participaciones en el capital de sociedades mercantiles o de obligaciones emitidas por éstas, así como contratos de futuros y opciones cuyo activo subyacente esté constituido por acciones o participaciones en entidades mercantiles, los derechos de propiedad incorporal, y los derechos de cualquier naturaleza que se deriven de la titularidad de los bienes y derechos patrimoniales*».

<sup>19</sup> Véase MOREU CARBONELL, E., *Minas: régimen jurídico de las actividades extractivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

externo o ajeno al funcionamiento de la Administración, el de los segundos es un destino dentro de la propia Administración, de tal manera que lo privativo vendría a ser destino interno o doméstico de los bienes.

Por el contrario, son bienes de propiedad privada los pertenecientes a los particulares individual o colectivamente (art. 345), y los pertenecientes al Estado<sup>20</sup> que no estén destinados ni al uso público, ni a los servicios públicos ni al fomento de la riqueza nacional (art. 340), así como los bienes de las provincias y de los pueblos que no son de uso público (art. 344), los cuales reciben la denominación de bienes patrimoniales (arts. 343, 344 y 345).

CHINCHILLA MARÍN<sup>21</sup> apunta que la clasificación que dichos preceptos establecen se basa en un doble criterio: el tipo de persona (pública o privada) a quien pertenecen, de un lado, y la finalidad a la que se destinan, de otro. Si sólo fuera el criterio subjetivo de la persona a quien pertenecen los bienes el que definiera las dos categorías, resultaría que públicos o de dominio público tendrían que ser todos los bienes de titularidad pública, y privados o de propiedad privada, todos los que pertenecieran a los particulares.

#### **1.1.4. Elementos que conforman el concepto de dominio público**

Una de las principales dificultades que presenta el dominio público es el hecho de poder encontrar elementos que configuren un régimen jurídico unitario que sirva de hilo conductor para todos los bienes incluidos dentro de esta categoría. Aún siguen apareciendo dudas sobre los bienes que componen el dominio público y sobre el régimen jurídico que les es aplicable.

Ciertamente, identificar el dominio público y sus elementos integrantes no es una cuestión sencilla, pues la expresión alberga una diversidad de significados<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> En el C.c. no aparece la expresión “Patrimonio del Estado” y sí la de “bienes patrimoniales del Estado”, en el art. 345, la cual designa al conjunto de bienes que pertenecen al Estado, pero que, a diferencia de los de dominio público *«tienen el carácter de propiedad privada»*.

<sup>21</sup> CHINCHILLA MARÍN, C., *Bienes patrimoniales del Estado...*, op. cit., p. 83.

<sup>22</sup> BRUFAO CURIEL, P., «Las concesiones de aguas en Derecho español», *Poder Judicial*, núm. 37, 1995, pp. 23-54, indica que en el Derecho español el concepto de dominio público tiene tres sentidos. «1. El dominio público designa unos bienes que están fuera del comercio porque son de uso común, estando su administración y cuidado a cargo del Estado u otro sujeto público, que no tiene un derecho de propiedad stricto sensu, sino una relación de jurisdicción sobre unos bienes que no son de nadie, sino de



En todo caso, sí puede apuntarse que la noción de dominio público se construye en base a varios elementos, comúnmente aceptados desde su sistematización por BALLBÉ MALLOL<sup>23</sup>. Estos elementos son: la titularidad administrativa (elemento subjetivo), la afectación a un fin público (elemento teleológico) y el régimen jurídico especial (elemento normativo). Consecuentemente, son bienes de dominio público los que, además de ser de titularidad administrativa y estar afectados a una finalidad pública, reciban esta calificación y sean objeto de un determinado régimen jurídico. En consecuencia, se puede definir al dominio público como el conjunto de bienes cuya titularidad corresponde a una Administración pública que, por su propia naturaleza o en virtud de actos administrativos, están afectados a un uso público o al desenvolvimiento normal de un servicio público, reclamando para sí un régimen jurídico distinto al previsto por el C.c. para la propiedad privada<sup>24</sup>.

#### A) *Titularidad administrativa*

El primer requisito para la calificación de un bien como dominio público es la titularidad pública<sup>25</sup>, que determina la exclusión del régimen demanial de los bienes que no pertenecen a las Entidades públicas, aunque los mismos estén destinados a un uso público<sup>26</sup>. La titularidad sin afectación nos conduce a la propiedad privada, pero la afectación sin titularidad responde a un aspecto parcial del problema, puesto que no puede aclarar una serie de interrogantes de gran importancia en la materia<sup>27</sup>, tales como el de la conservación del bien, el de la responsabilidad por daños ocasionados, bien directamente por el objeto demanial, o bien indirectamente a través de la funciones o

---

*la comunidad en general, y que por lo tanto son en principio inembargables, inalienables e imprescriptibles para preservar el uso común. 2. En segundo lugar, designa unos bienes que son propiedad particular del Estado, pero que en virtud de su destino o afectación tienen un régimen jurídico específico público: no pueden adquirirse por usucapión, son inembargables y su venta está sometida a previa desafectación. 3. Por último, el concepto de dominio público designa unos bienes a los que los particulares sólo pueden acceder para explotarlos por medio de una autorización formal de la Autoridad pública: la concesión».*

<sup>23</sup> BALLBÉ MALLOL, M., «Concepto de dominio público», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 5, 1945, pp. 25 y ss.

<sup>24</sup> Véase GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *La titularidad de los bienes de dominio público*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

<sup>25</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, p. 564, recuerda que la titularidad expresa el elemento subjetivo de una relación jurídica. Puede entenderse como «*la cualidad jurídica que le confiere a una persona el estar en una relación jurídica, en cuanto determinante de las facultades que por ella se atribuyen*».

<sup>26</sup> GARRIDO FALLA, F., «Comentario al art. 38», ALBALADEJO GARCÍA, M. (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, Tomo V*, Edersa, Madrid, 1990, p. 72.

<sup>27</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Derecho Administrativo Patrimonial: comentario a la Ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones Públicas, Tomo I...*, op. cit., p. 47.

servicios que sobre él se realicen, el de la percepción de las tasas de utilización, el del ejercicio de la policía que puede disociarse según que se trate de la conservación o de la circulación sobre los bienes, etc.<sup>28</sup>.

El dominio público no se concibe, por tanto, respecto de personas privadas. Nuestro Derecho confirma esta exigencia, ya desde el propio C.c., cuyo Capítulo III del Título I del Libro II, donde se contienen los artículos relativos al dominio público, que lleva por rúbrica «*De los bienes según las personas a que pertenecen*»; demuestra que el dominio público sólo se refiere al Estado (art. 339), a las provincias y a los pueblos (arts. 343, 344 y, *a contrario sensu*, 345).

Aunque no se mencionen en dichos artículos, en la actualidad, no cabe ignorar que las Comunidades Autónomas se entienden incluidas en este concepto. Ahora bien, lo que sí ha planteado más dudas es el hecho de que sólo se haga referencia a Administraciones públicas de carácter territorial. Por ello, la doctrina se ha cuestionado si las Entidades públicas de carácter institucional podían considerarse titulares del dominio público. Frente a una corriente general negadora de tal posibilidad, se ha objetado que en ocasiones, se han creado entidades administrativas institucionales con el fin exclusivo de mantener la titularidad de un sector del dominio público<sup>29</sup> y que, por lo demás, nada se opone a que Administraciones públicas no territoriales ostenten, siquiera sea de modo limitado, poderes suficientes para que los bienes que les están adscritos puedan ser calificados como públicos<sup>30</sup>.

Desde la Ley de 26 de diciembre de 1858, de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas ha sido una constante en nuestro ordenamiento jurídico la afirmación de que los Organismos Autónomos y las Entidades Públicas Empresariales cuentan con denominados bienes adscritos y con bienes propios. Los bienes adscritos son aquellos con los que la Administración matriz dota a estos sujetos para el desempeño de sus funciones, pero manteniendo sobre ellos prácticamente todo el control. Junto a éstos, los bienes propios sí habilitan a ejercer algunas de las potestades

---

<sup>28</sup> GARCÍA-TREVIJANO FOS, J.A., «Titularidad y afectación demanial en el ordenamiento español», *Revista de Administración Pública*, núm. 29, 1959, pp. 18 y 19.

<sup>29</sup> PÉREZ BOTIJA, E., «Problemas de Administración corporativa», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7-8, 1942, p. 291.

<sup>30</sup> ÁLVAREZ GENDÍN, S., «Naturaleza dominical pública de los edificios y de los bienes muebles»..., *op. cit.*, pp. 17 y ss.

que tradicionalmente definen el derecho de propiedad<sup>31</sup>. Sin embargo, esta titularidad no faculta a gozar de todas las garantías suficientes que permiten afirmar que su autonomía es real y efectiva.

MONTOYA MARTÍN<sup>32</sup> precisa que, a pesar de que el art. 41.3 de la LPAP hace alusión a las dos especies de organismos públicos, es decir, Organismos Autónomos y Entidades Públicas Empresariales, introduce una diferencia importante en lo que se refiere al régimen jurídico del patrimonio de las mismas; mientras que los Organismos Autónomos pueden ostentar y ejercer las prerrogativas y potestades exorbitantes para la defensa de sus bienes patrimoniales, las Entidades Públicas Empresariales sólo ostentan tales facultades para sus bienes demaniales, ya sean propios o adscritos. Tal diferencia de régimen sugiere que el legislador quiere subrayar el carácter empresarial de las Entidades Públicas Empresariales.

### ***B) Afectación a un fin público***

El principal criterio configurador del dominio público es el de la afectación o destino y no el de la naturaleza propia de los bienes. Para que un bien esté en el dominio público, es preciso que esté sirviendo al cumplimiento de una finalidad de uso público o servicio público.

Esta tesis de la afectación, como criterio determinante del dominio público, es la consagrada legalmente por nuestro Derecho positivo<sup>33</sup>, si bien hay bienes afectados a servicios públicos, que, sin embargo, se consideran patrimonio privado de la Administración; o, dicho de otro modo, bienes patrimoniales afectos a un uso público, tal y como se puede percibir a partir de la postura que acoge la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 166/1998, de 15 de julio.

Por su importancia, la cuestión de la afectación debe ser analizada separadamente, teniendo en cuenta que, además de sus características tradicionales, la afectación se enmarca en una compleja problemática en la que se entremezclan

---

<sup>31</sup> ARANA GARCÍA, E., «Régimen jurídico general del patrimonio de la Administración institucional», GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (coord.), *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 199.

<sup>32</sup> MONTOYA MARTÍN, E., «El régimen común del patrimonio de los organismos públicos en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas», HORGUÉ BAENA, C. (dir.), *Régimen patrimonial de las Administraciones Públicas*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 135 y ss.

<sup>33</sup> GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo, vol. II, Parte general: conclusión*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, p. 474.

implicaciones económicas y organizativas que encuentran como último punto de referencia operaciones de carácter político. Quiere decirse que se puede apreciar la entidad económica ínsita en la actividad administrativa de afectación de bienes al dominio público, como veremos más adelante.

### ***C) Régimen jurídico normativo de Derecho público***

Los bienes demaniales se caracterizan, además de por las dos notas anteriores, por su sometimiento a un régimen jurídico exorbitante, basado en la insusceptibilidad de tales bienes para ser objeto de propiedad privada. Dicho régimen implica, entre otras cuestiones, la aplicación de las reglas de imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad.

#### **1.1.5. Consecuencias de la extensión del concepto de bienes demaniales a los "derechos"**

Como hemos podido ver, dentro de los bienes públicos se encuentran los bienes de dominio público o del demanio, categoría en la que se incluyen todos los derechos reales de las Administraciones afectados a singulares fines de interés público y sujetos, por ello, a un régimen especial de utilización y protección. Por este motivo, dado que no sólo bienes, sino también derechos conforman el grupo del dominio público, conviene analizar las consecuencias que trae consigo esta particularidad.

La afirmación de que el dominio público pueda estar integrado no únicamente por “bienes” sino también por “derechos” puede sorprender a quienes, imbuidos de la tradicional creencia de que el dominio público no puede consistir en derechos reales limitados distintos del pleno dominio sobre la cosa (que es la concepción “cosificada” del dominio público que luce en el C.c. y en la anterior Ley de Patrimonio del Estado), consideran imposible la existencia de *iura in re aliena* de naturaleza demanial<sup>34</sup>. Pero esta creencia, justificada durante largo tiempo por el Derecho positivo, ha sido

---

<sup>34</sup> MENÉNDEZ REXACH, Á., «El concepto de patrimonio de las Administraciones públicas. Tipología de bienes públicos. La categoría del dominio público», HORGUÉ BAENA, C. (dir.), *Régimen patrimonial de las Administraciones Públicas...*, op. cit., pp. 82 y 83, indica que la LPAP pretendió ensanchar la categoría de bienes demaniales, reconociendo, junto a los bienes, derechos demaniales, cuyo significado no es evidente y cuya justificación tampoco está clara. Sin embargo, «esta crítica no supone desconocer que la LPAP aporte mejoras concretas en muchos aspectos. Pero no merece un juicio favorable en cuanto al significado de las dos grandes categorías de bienes públicos, porque no es mejor ni más coherente que la vieja LPE (...). En mi opinión, ha empeorado la situación con los ambiguos “derechos” demaniales y el mantenimiento de una concepción trasnochada de los patrimoniales».

desterrada por la LPAP, que contempla expresamente la existencia de derechos reales limitados de carácter demanial al reconocer como objeto posible del dominio público no sólo a los bienes, sino también los derechos (art. 5).

Quiere decirse, con ello, que la noción de dominio público se concibe en el Derecho vigente con independencia de la cualidad material de las cosas sobre las que recae, pudiendo estar integrado, en consecuencia, por derechos reales limitados distintos al dominio pleno sobre la cosa: derechos de servidumbre, de superficie, censos.... A nuestro juicio, no cabe contrargumentar que ello represente un riesgo de desbordamiento del régimen de la demanialidad, sino, más bien, que esta previsión legal debe entenderse como una superación de las deficiencias que tenía la dogmática clásica a la hora de explicar los fenómenos de disociación entre titularidad y afectación demanial, aparte de representar una apuesta clara por la racionalización del concepto mismo de dominio público, cuyo primer requerimiento es, probablemente, admitir la existencia de regímenes demaniales diversificados en función de los diferentes tipos de bienes o derechos sobre los que la categoría puede proyectarse.

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

En suma, el reconocimiento legal expreso de la existencia de derechos reales limitados de naturaleza demanial permite encauzar y proyectar de forma idónea el régimen de las potestades públicas sobre la propiedad privada en armonía con los principios de adecuación y suficiencia que consagra el art. 6 b) de la LPAP (que no sólo

tienen una dimensión cuantitativa en relación a la extensión de la categoría del dominio público, sino también cualitativa, relativa a la proyección de su régimen jurídico).

No obstante, la regulación del régimen de estos derechos reales limitados no es abordada por la LPAP, que se limita a señalar su existencia. El concreto régimen jurídico aplicable a estos derechos es, en principio, el régimen demanial general que se predica para los bienes. Sin embargo, la especificidad y virtualidad práctica de estos derechos reales limitados de naturaleza demanial pudiera requerir la regulación sustantiva de algunos de elementos singulares de su régimen jurídico, lo que puede ser especialmente conveniente en relación con las llamadas “servidumbres administrativas” (o de “utilidad pública”, en la expresión del art. 549 del C.c.), de un lado, y, de otro, respecto a los derechos limitados que están en la órbita del censo enfiteútico (singularmente el de superficie).

En primer lugar, la posibilidad de considerar a las servidumbres administrativas como *iura in re aliena* de naturaleza demanial que implícitamente consagra la LPAP no es, ni mucho menos, tan novedosa y ajena a nuestro Derecho como parece<sup>35</sup>. No en vano, ésta fue la consideración legal de algunos usos públicos que gravaban determinados bienes privados que, al cabo, terminaron incorporándose dominio público (caso, por ejemplo, de las vías pecuarias que el C.c. contemplaba originariamente como servidumbres legales; o de ciertas rutas culturales, como el Camino de Santiago, que actualmente se consideran bienes de dominio público pero que antaño fueron -y todavía hoy de forma excepcional en algunos de sus tramos- servidumbres de paso). Asimismo es el caso de las llamadas servidumbres urbanísticas, o de las servidumbres que sirven para establecer canalizaciones y pasos de redes de abastecimiento. Y también pudiera ser el caso de alguno de los caminos culturales y rutas turísticas, hoy tan promocionadas, cuyo establecimiento cabría eventualmente arbitrar con el auxilio de la figura de la servidumbre de uso público. De hecho, la mayor virtualidad de la calificación de las servidumbres administrativas como derechos reales de naturaleza demanial pudiera estar estrechamente ligada a la conservación, ampliación, restablecimiento y rehabilitación del dominio público.

En segundo lugar, la regulación del régimen sustantivo de los derechos reales de censo y superficie tiene un claro interés desde la óptica de los usos privativos de los que

---

<sup>35</sup> CARRILLO DONAIRE, J.A., *Las servidumbres administrativas (delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico)*, Lex Nova, Valladolid, 2003, pp. 112 y ss.

pueden ser objeto los bienes demaniales; interés que conecta de lleno, como se verá más adelante, con la regulación del estatuto jurídico de las concesiones demaniales.

### **1.1.6. Las diferentes propuestas de reformulación de los conceptos de bienes demaniales y patrimoniales**

Desde hace tiempo, la doctrina tiene pendiente la revisión de las categorías tradicionales<sup>36</sup> en las que se clasifican los bienes públicos. Esta reconsideración de las dos categorías de bienes no es un problema privativo de nuestro ordenamiento. Explica AUBY<sup>37</sup> que también en Francia se plantea esta necesidad, puesto que «*Il y a finalement assez peu de différences entre la catégorie la moins exorbitante du domaine public et la catégorie la plus exorbitante du domaine privé*».

Con la reformulación de conceptos, se podría conseguir que cambie la situación actual en la que sólo los bienes patrimoniales permiten la convivencia de la finalidad lucrativa y de los privilegios exorbitantes derivados de la afectación. No obstante, para adoptar estas nuevas definiciones haría falta unificar el régimen jurídico de los bienes pertenecientes a las Administraciones públicas, y clarificar la finalidad y el marco de la propiedad no afectada<sup>38</sup>.

Como se ha afirmado en múltiples ocasiones, a pesar de ser tradicionalmente acuñado, el criterio clasificatorio que diferencia entre bienes demaniales y bienes patrimoniales no es más que un mito jurídico, inútil, por su imprecisión. Esta división aparece cada vez más desdibujada, debido al traspaso de elementos característicos de una categoría a otra. De la misma forma que a los bienes patrimoniales les han resultado siempre de aplicación algunos elementos del régimen de los bienes demaniales, en la actualidad estos últimos reclaman técnicas y elementos propios del régimen jurídico de la propiedad privada<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Derecho Administrativo, vol. III. Bienes públicos. Derecho Urbanístico*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 15, ha denunciado que constituye un error presentar el estudio de los bienes de la Administración sobre la diferencia de dominio público-dominio privado porque enmascara la realidad de que en Derecho español todos los bienes de la Administración están sujetos a un régimen jurídico básico, pleno de exorbitancias y privilegios, derogatorio del sistema de acciones civiles.

<sup>37</sup> AUBY, J.M. y BON, P., *Droit Administratif des biens*, Dalloz, Paris, 1995, p. 9.

<sup>38</sup> YOLKA, P., *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, LGDJ, Paris, 1997, defiende un concepto amplio de propiedad pública para todos los casos en que la Administración es titular de un bien, en la idea de que todos los bienes de titularidad pública se encuentran afectados al cumplimiento de los fines y las políticas públicas.

<sup>39</sup> CHINCHILLA MARÍN, C., *Bienes patrimoniales del Estado...*, *op. cit.*, p. 53.

Numerosos autores sostienen que en el Derecho positivo vigente ha desaparecido la clasificación entre bienes demaniales y bienes patrimoniales, resultado o manifestación de la ruptura del dualismo “actividad administrativa pública en sentido formal” y actividad puramente privada de las organizaciones administrativas, que también afecta a la actividad económica o empresarial de los poderes públicos<sup>40</sup>. Para justificar su postura, explican que la razón fundamental de la distinción entre bienes patrimoniales y bienes demaniales es de carácter histórico, con un origen que algunos autores indican que se encuentra en el Derecho romano y que, concerniente a la Administración como propietaria de los mismos, surge en el siglo XIX. Ciertamente, el Estado liberal ocasionó la reducción de la Administración a funciones mínimas que fomentaban que los bienes que a ellas estuvieran afectos tuvieran una protección reforzada. Hoy, por el contrario, la diferencia carece de sentido: la Administración ostenta un papel esencial en las relaciones económicas y sociales y ello obliga a que tenga un suficiente patrimonio, que suele ser muy amplio para su realización. No sólo han aumentado los poderes administrativos, sino que han cambiado los modos de prestación de los servicios por parte de la Administración<sup>41</sup>.

En cualquier caso, una de las causas principales de los problemas de la división entre bienes públicos demaniales y patrimoniales radica en que la pertenencia a una u otra categoría termina dependiendo de la calificación formal que les atribuya el legislador, en el mejor de los casos, o el órgano administrativo que realiza el inventario de bienes, en el peor, y en ambos supuestos al margen de que esa calificación tenga que obedecer a criterios legales objetivos o mínimamente coherentes, ya que es la propia LPAP la que ha renunciado a la coherencia. La indeterminación de los dos conceptos utilizados obliga a concluir su inutilidad como elemento legal definitorio.

La respuesta de la Ley no ha sido satisfactoria por varios motivos. En primer lugar, porque no ha acotado la categoría de bienes demaniales ni ofrece un tratamiento

---

<sup>40</sup> MENÉNDEZ REXACH, A., «Reflexiones sobre el significado actual de los patrimonios públicos», *Ciudad y Territorio. Estudios territoriales*, núms. 95-96, 1993, p. 212.

<sup>41</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J., *La titularidad de los bienes...*, *op. cit.*, pp. 120-121, plantea la posibilidad de que la distinción sea efectivamente un mito jurídico como puede constatarse del análisis de las condiciones señaladas por la doctrina para estar situado frente a este fenómeno. Sin embargo, afirma que, sin importar la coherencia o no del mantenimiento de la distinción, ésta existe y provoca indudables problemas en la gestión de los servicios públicos. Como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, E., en su trabajo «El dogma de la reversión de concesiones», *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 21-22, «*estos mitos jurídicos operan ya por sí mismos, sin coincidencia final de la función que cumplen; son, por cierto, extensos en el Derecho administrativo actual y su influencia, siempre dañosa, por su propia autonomía mítica, no es nada desdeñable*».



de ellos en consonancia con la realidad, en la que también los bienes patrimoniales se utilizan para la consecución de los fines de competencia de las Entidades públicas que son sus titulares. Por otro lado, porque tampoco formula un criterio de distinción en sentido estricto, sino que proporciona a los diferentes operadores jurídicos, unas ideas meramente orientativas, que remiten en última instancia a la calificación de cada bien concreto. Parece dejar ver que el único criterio certero es la toma de decisiones por parte del legislador.

Además, suele criticarse que la unificación de la categoría jurídica del dominio público que se ha realizado, es artificial<sup>42</sup>. El intento de crear una teoría general, común a todos los bienes demaniales, sólo sería lógica y tendría sentido si se cumplieran dos condiciones: en primer lugar, que todos los bienes respondieran a las mismas características, y en segundo lugar, que se hiciera pensando en aquéllos que carecen de normas específicas. Hacerlo de otro modo sólo origina una superprotección del bien, que produce que las Administraciones públicas no puedan desarrollar adecuadamente sus actividades. El Derecho de bienes se convierte así en un freno para el cumplimiento de funciones administrativas, que es lo que ocurre, por ejemplo, con la demanialización de un autobús municipal.

La diferente naturaleza física de los bienes se traduce en que sus necesidades jurídicas no sean equivalentes. La satisfacción de determinadas necesidades generales vitales y la situación de escasez ocasionan que, en algunos casos, se deba preservar el carácter público de los bienes y el modo peculiar de gestión, para la satisfacción de fines de interés general, mediante una derogación absoluta del régimen común de los bienes. No obstante, cuando las características de la cosa permiten su fácil sustitución por otro bien equivalente, la atribución de un régimen de especial protección carece de sentido. Deja de ser una mejora para los bienes y las funciones públicas, pasando a transformarse en un inconveniente que perjudica las posibilidades que otorga el ordenamiento jurídico para que una Administración pública preste adecuadamente un servicio público.

No sólo sucede que las características de los bienes demaniales son en muchas ocasiones diferentes, sino que el desarrollo de los principios inspiradores de la categoría del dominio público se ha realizado de forma distinta a lo que era más conveniente.

---

<sup>42</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J., *La titularidad de los bienes...*, *op. cit.*, p. 77, se refiere gráficamente a este fenómeno como unificación *contra natura*.

El régimen jurídico demanial está configurado para otorgar una especial protección a determinados bienes, pero sin tener en cuenta que su aplicación está justificada en algunos casos, y sólo produce consecuencias negativas, en otros. Por ello, el problema no es sólo saber si resulta útil que se siga hablando de dos categorías de bienes en principio contrapuestas, sino que la existencia de una de ellas, el dominio público, trae algunas veces más inconvenientes que ventajas, si se aplica a algunos bienes. Provoca ciertas antinomias insalvables en el ordenamiento jurídico, e incluso que se recurra a “trampas” usuales, para eludir la dureza del régimen demanial y, asimismo, proporcionar un adecuado nivel de funcionalidad al patrimonio de los Entes públicos, cuya razón de ser no es la acumulación de recursos, como ocurre con los particulares, sino el servicio a los intereses generales.

En lugar de adoptar, el legislador, criterios que otorgaran certeza, se ha decantado por emplear el término “*afectación a un uso general*”, idea que evoca la posibilidad de la utilización por todo tipo de ciudadanos, de forma simultánea e indiscriminada y sin ningún tipo de intervención administrativa previa.

En efecto, todos los bienes públicos, cualquiera que sea su calificación, se encuentran destinados a su uso por categorías más o menos amplias de ciudadanos, de configuración diversa, según cuál sea el tipo de bienes de que se trate. En sentido estricto, todos los bienes públicos poseen un carácter instrumental respecto de la realización de tareas o funciones de la Administración, es decir, todos ellos están especialmente abocados a satisfacer fines públicos. Sin embargo, la afectación del bien a un servicio público y la aplicación de las normas pertinentes no es garantía de que dichos fines públicos sean satisfechos, pues no tiene mucho sentido aplicarles a unos determinados bienes el régimen jurídico del dominio público y al mismo tiempo buscar mecanismos para eludir sus notas características. El pretendido interés general tiene que ser el camino para la necesaria reconstrucción de la institución jurídica del dominio público. Debe adecuarse el Derecho a la realidad de las cosas y no extender la categoría de bienes demaniales a supuestos que no precisan de tal calificación.

Se debe traer aquí y ahora la tesis de DUGUIT<sup>43</sup>, magistralmente expresada en la conocida fórmula de la “escala de la demanialidad”, a través de la cual este autor

---

<sup>43</sup> DUGUIT, L., *Traité de Droit Constitutionnel*, E. de Boccard, Paris, 1928, pp. 344-405, formula su teoría de la escala de la demanialidad pretendiendo superar los errores que se cometen al querer formular una única teoría general y no distinguir correctamente las distintas categorías que conforman el dominio público. Por este motivo, en su obra alude a la necesidad de realizar numerosas distinciones, ya que a

cuestiona la utilidad sistemática de la clásica -y excesivamente rígida, a su juicio- distinción entre bienes demaniales y patrimoniales del Estado. Para DUGUIT, el grado o intensidad de la afectación pública de los distintos bienes es variable, por lo que puede hablarse de una escala de la demanialidad, que iría desde la afectación más intensa de ciertos bienes íntegramente sometidos a un régimen de Derecho público, sobre los que el Estado no se comporta como propietario, sino como garante y protector de su destino, hasta la menos intensa de otros bienes públicos, cuyo régimen se acerca al de la propiedad privada, aunque salpicado de elementos del régimen de Derecho público.

Por ello, según la escala de la demanialidad es un error creer que todas las cosas que integran el dominio público están en la misma situación y sometidas a las mismas reglas: según la naturaleza de la cosa, la categoría del servicio, el modo de afectación o de empleo, la demanialidad es diferente y también las reglas que se aplican<sup>44</sup>.

Por eso, habría que tratar de determinar los elementos conceptuales que diferencian una y otra categoría de bienes, esto es, los criterios a partir de los cuales construir la división de los bienes públicos en dos categorías. Esos elementos han de incluir el título que define la relación del Estado con los bienes y la función o finalidad que están llamados a cumplir unos y otros.

Si el aseguramiento del destino de las cosas o bienes a ese fin público puede producirse sin necesidad del sacrificio de su situación en el tráfico-jurídico privado, es preferible evitar dicho sacrificio. Sería contraria a la CE la calificación como demanial o la sujeción *de facto* al régimen de la demanialidad de un bien que no estuviese realmente afectado a los fines que justifican el régimen jurídico exorbitante que caracteriza al dominio público.

Si se requiere, en cambio, una más íntima conexión con el fin público, habría que aplicar sin duda el régimen demanial que justifica una mayor intervención pública, incluso una total exclusión de la propiedad privada.

Varios autores han formulado diferentes propuestas al respecto, con la finalidad de mejorar y aclarar los criterios acuñados por las normas. Se han planteado tanto

---

pesar de que las diferentes categorías comparten la característica negativa común de no estar sometidas al régimen de propiedad privada, les son aplicables reglas diferentes en razón de su estructura, la naturaleza diferente de los servicios públicos a los que están afectadas y el modo diferente de afectación. «(...) *Il y a une sorte de gradation dans le degré de la domanialité publique. Je crois que ces diverses catégories sont au nombre de six. L'énumération des dépendances qu'elles comprennent fait apercevoir à elle seule pourquoi elles doivent être soumises à des règles différentes*».

<sup>44</sup> DUGUIT, L., *Traité de Droit Constitutionnel...*, op. cit., pp. 344-405.

modificar como la conveniencia de abandonar la distinción entre bienes demaniales y patrimoniales por las dificultades prácticamente insuperables que ésta ocasiona. No obstante, el problema es que no suelen ofrecer alternativas sólidas que justifiquen cómo afrontar los costes que tiene toda renovación conceptual.

Así, podemos citar, en primer lugar a GALLEGO ANABITARTE<sup>45</sup>, quien no sugiere eliminar la histórica dualidad, pero sí identificar dentro del dominio público varios subgrupos. Defiende este autor que:

- a) Por un lado, nos encontramos con bienes que *«están fuera del comercio porque son de uso común, estando su administración y cuidado a cargo del Estado o del correspondiente sujeto público que no tiene un derecho de propiedad stricto sensu, sino una relación de señorío o jurisdicción sobre unos bienes que no son de nadie, sino de la comunidad en general y que, por lo tanto, son en principio inembargables, inalienables e imprescriptibles para preservar fundamentalmente el uso común. En definitiva, sería el conjunto de bienes demaniales encuadrables dentro de los arts. 339.1 y 344.1 del C.c. En relación con estos bienes sería perfectamente aplicable lo señalado por RODOTÁ, cuando configuró el denominado espacio interior no dominical»*. Este espacio interior no dominical puede ser, como señala dicho autor, el resultado de dos fenómenos: por un lado, que *«en lo que concierne a algunos bienes no es siquiera posible establecer la hipótesis del paso a un régimen que se caracterice por una partición entre sujetos determinados del bien “creado” o por la aparición de una situación de escasez; ya sea porque para tales bienes la tutela dominical, aun cuando se vista con las reliquias de la propiedad colectiva, resulta en la mayor parte de los casos inidónea para abarcar en su totalidad la entera situación de conflicto o la totalidad de los intereses. En un caso, el recurso a la disciplina de la propiedad choca con las características naturales del bien y, en el otro, no consigue expresar la relación existente entre intereses y bienes y se ve constreñida a seleccionar los portadores de tales intereses con criterios individualistas tópicos del modelo de la propiedad solitaria, mientras respecto del bien el interés se califica en conjunto como colectivo y se atribuye*

---

<sup>45</sup> GALLEGO ANABITARTE, A., «El Derecho de español de aguas en la historia y ante el Derecho comparado», en la obra colectiva que realizó junto a DÍAZ LEMA, J.M. y MENÉNDEZ REXACH, Á., *El Derecho de aguas en España*, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Centro de Publicaciones, Madrid, 1986, p. 363.

*por ello al bien mismo un carácter público».* Como indica también GALLEGO ANABITARTE, es una consecuencia de que *«las mismas características físicas de los recursos en cuestión ponen unos límites insuperables a su fragmentación y proporcionan una base material indiscutible para la subsistencia del carácter colectivo de los intereses que tienen en ellos su punto de referencia».* En estos bienes el elemento primordial es el interés relevante del sujeto público que los ha adquirido, ya sea por los mecanismos normales del comercio, ya sea mediante las formas privilegiadas de adquisición, con la finalidad de ser utilizados como medios materiales a partir de los cuales servir con objetividad a los intereses generales.

- b) En segundo lugar, nos encontramos con aquellos bienes que, como nos recuerda el art. 339.2 del C.c., *«pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional».* Esto es, bienes sobre los que el titular tiene un derecho de propiedad comparable al de cualquier particular, pero que entran dentro del dominio público y reciben sus reglas en virtud de la especial función que están cumpliendo, ya sea a la comunidad directamente ya sea predominantemente al Ente público que sea su titular. En consecuencia, son bienes que están en el comercio, aunque con ciertas limitaciones derivadas de la presencia de una Entidad pública como titular de los derechos sobre ellos. En estos bienes la afectación se halla íntimamente vinculada a la gestión de cada servicio o actividad pública específica, de la que constituyen mero soporte material, es decir, se trata de bienes sin características especiales por lo que, por consiguiente, el régimen tiene que ser similar al de los particulares y sus patrimonios. De hecho, la titularidad del bien es accesoria a la del servicio. Su vinculación con las Administraciones públicas es idéntica a la de los bienes que formalmente son patrimoniales de acuerdo con la clasificación que efectúa la LPAP, en sus arts. 5 y 7, y que ni están afectos a un uso ni a un servicio público. Sobre ellos los Entes públicos sólo ejercitan facultades de guarda y mantenimiento para que sirvan al aprovechamiento general al que están afectos. Se trata, por lo general, de bienes especiales que disponen de un régimen jurídico específico y cuyos principios creadores distan mucho del interés que rige el Derecho de propiedad. En estos bienes, cobra sentido el régimen jurídico inspirado en la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, al que hace referencia el art. 132 de la CE.

- c) El tercer supuesto comprende aquellos casos en los que para acceder a los bienes y explotarlos ha de tenerse una autorización expresa del Estado o de la Administración pública competente. Se enmarcan aquí las minas o el dominio público radioeléctrico. Las especialidades de este tercer grupo y que impiden que se puedan incluir dentro del primero radica en que, por estar ocultas, resulta ilógico hacer referencia a la relación que existe con su titular. En este tercer grupo, los Entes públicos sólo ejercitan facultades tendentes a una correcta explotación. Son bienes cuya demanialidad muy débil implica una prohibición de explotación, salvo concesión expresa.

SANTAMARÍA PASTOR<sup>46</sup>, en cambio, defiende que hubiera sido preferible acudir al criterio de la calificación legal expresa de los bienes demaniales, esto es, que los bienes de los que son titulares las Administraciones públicas tuvieran, por regla general, la condición de patrimoniales, salvo aquellos específicos a los que una Ley calificara expresamente de demaniales.

Su propuesta responde, según él mismo explica, a dos razones. *«En primer lugar, a la realidad evidente de que el régimen de los bienes de dominio público constituye una singularidad en el marco general del Derecho patrimonial que, por lo mismo, debe ser excepcional en su extensión y debe ser objeto de una decisión consciente del legislador. (...) En una economía de mercado, basada en la libre circulación de bienes, la técnica de la extracomercialidad debe limitarse exclusivamente a aquellas masas de bienes cuya preservación u otros valores equivalentes lo aconsejen: a todos los necesarios, pero ni a uno más de los necesarios. Y en segundo lugar, la razón igualmente elemental de que el art. 132.2 de la CE establece una reserva de ley para la regulación de los bienes de dominio público y, por tanto, para decidir formalmente cuáles merezcan esta calificación; una reserva que la LPAP desconoce por completo (aunque, sin duda, de buena fe), en la medida en que, al establecer un criterio de atribución de la demanialidad absolutamente inasible, está entregando el poder de calificación de los bienes a la propia Administración y, en última instancia, a las decisiones judiciales; decisiones todas ellas muy respetables y necesarias, pero que no son ni deben jamás sustituir la ley».*

---

<sup>46</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A., «Objeto y ámbito. La tipología de los bienes públicos y el sistema de competencias», CHINCHILLA MARÍN, C. (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio...*, op. cit., p. 82 y pp. 92 y ss.

Por estas causas, sugiere una alternativa a la clasificación tradicional, utilizando un planteamiento funcional o finalista, ya que es ésta la característica más singular y sobresaliente de la propiedad pública. A diferencia de los sujetos privados, las Administraciones públicas sólo pueden ser propietarias para un fin público más o menos directo.

Las categorías que este autor propone implican distinguir hasta cinco tipos distintos de patrimonios:

1. Un *patrimonio de preservación*, constituido por bienes de alto valor colectivo, cuya ubicación en manos públicas está dirigida a mantener su integridad física y sus características intrínsecas, justamente por ser bienes insusceptibles de reposición o duplicación. Es el caso, por ejemplo, de las costas, montes o vías urbanas. Aquí el principio de inalienabilidad juega un papel central como aseguramiento del disfrute colectivo.
2. Un *patrimonio de regulación*, que comprende los bienes destinados primariamente a su uso por parte de los sujetos privados, uso que es necesario regular para garantizar un aprovechamiento eficiente y racional. Es el caso, entre otros, de los recursos mineros e hidrocarburos. El principio de inalienabilidad no opera respecto a la realidad física del bien, sino como mecanismo protector del título de intervención que la Administración debe ostentar para los indicados fines de ordenación.
3. Un *patrimonio de soporte*, que incluiría los bienes inmuebles sobre los que necesariamente debe desarrollarse un servicio o función pública, como sucede con los edificios administrativos e instalaciones oficiales. En este grupo, el principio de inalienabilidad se relativiza al depender del efectivo mantenimiento del servicio o función.
4. Un *patrimonio operativo*, integrado por los bienes muebles afectos a la prestación de servicios o funciones públicas; bienes que no precisan de la protección de la inalienabilidad, por la amortización y deterioro que sufren por el uso, así como la posibilidad constante de su reposición.
5. Un *patrimonio financiero o de cartera*, constituido por todos los bienes que la Administración ostenta por la exclusiva consideración de su valor intrínseco, y que maneja como activos susceptibles de proporcionar una

cierta rentabilidad, mediante su enajenación o explotación, pero sin destinarlos a servir de soporte o instrumento para el desempeño de funciones o servicios públicos, aunque en ocasiones puedan emplearse como instrumentos de intervención en concretos mercados. En estos bienes ninguno de los principios característicos del dominio público tendría justificación.

CHINCHILLA MARÍN<sup>47</sup> explica este fenómeno de aproximación mutua del régimen jurídico de los bienes patrimoniales y de los bienes demaniales, y el consecuente debilitamiento de la separación rígida existente entre ambas categorías. Proponiendo modificaciones, esta autora<sup>48</sup> argumenta que la dualidad demanio-patrimonio es inútil por la excesiva simplificación que conlleva. La utilidad intrínseca de las categorías está condicionada por la homogeneidad de los objetos que hayan de incluirse en las mismas, tanto en su régimen jurídico como en los fines que cumplen. Esto no sucede con las dos categorías en las que se divide a los bienes públicos. Igualmente, el soporte conceptual del dominio público es simple, pues se apoya exclusivamente en sus tres notas diferenciales: la inalienabilidad, la inembargabilidad y la inalienabilidad. Tampoco su preservación puede defenderse con el argumento de hallarse expresamente recogida en la CE, puesto que la eficacia de los preceptos constitucionales y las garantías institucionales que establecen se extienden sobre los contenidos materiales de las instituciones, pero no afectan ni pueden afectar a las denominaciones de las mismas ni a las categorías que la dogmática jurídica acuña.

Para argumentar su postura, sintetiza los argumentos otorgados por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 166/1998, de 15 de julio, considerada el punto culminante de este debilitamiento. En dicha Sentencia el Tribunal Constitucional se refiere en varias ocasiones a la cada vez más atenuada separación entre las dos clases de bienes, aunque no utiliza concretamente el término de crisis de la división de los bienes en patrimoniales y demaniales *«y lo hace utilizando una forma impersonal con la que seguramente se está refiriendo a la doctrina: «se ha dicho que, pese a su raigambre*

---

<sup>47</sup> CHINCHILLA MARÍN, C., *Bienes patrimoniales del Estado...*, op. cit., pp. 53-54 y 172-173, concluye que la categoría de los bienes patrimoniales es insignificante en el conjunto de los bienes de titularidad estatal. Los bienes de titularidad estatal raramente serán calificados como bienes patrimoniales porque se supone que todo cuanto hace el Estado es servicio público, y que los bienes empleados con esta finalidad merecen el régimen de protección del dominio público. La amplitud con la que se interpreta el concepto de afectación al servicio público es lo que explica este fenómeno de universalización de la categoría del dominio público.

<sup>48</sup> CHINCHILLA MARÍN, C., *Bienes patrimoniales del Estado...*, op. cit., pp. 67 y ss.



*histórica, quizás sólo posea en la actualidad un cierto carácter mítico...»; «se ha puesto de relieve, además, que la distinción se relativiza...»; «se ha sostenido que las Administraciones Públicas han de contar con bienes de distinta naturaleza para el cumplimiento de sus diversas funciones...». Así pues, esta Sentencia constituye un buen ejemplo del proceso de acercamiento de los dos regímenes jurídicos característicos de los bienes públicos, ya que lo que en ella viene a decirse es que existen bienes públicos que, no obstante no estar sometidos al régimen exorbitante de la demanialidad, sino al régimen de la propiedad privada (los patrimoniales), necesitan de la protección que implica una de las prerrogativas más características del dominio público, la inembargabilidad o imposibilidad de ejecución forzosa de los mismos».*

Al margen de las sugerencias sobre nuevas clases o grupos de bienes, sí es notable que la categoría de los bienes demaniales debería aligerarse, ciñéndose exclusivamente a aquellos bienes que tengan este carácter por aplicación de las normas estatales, y a aquellos otros que se considere conveniente en el marco de las competencias autonómicas.

De hecho, en los últimos años se ha venido observando una tendencia hacia la huida del régimen demanial, a través de figuras atípicas, que no debería tener lugar al margen de la ley, sino que debería bastar mediante el empleo de mecanismos previstos normativamente para permitir una correcta utilización y explotación de cada bien. GONZÁLEZ GARCÍA<sup>49</sup> propone un acotamiento del dominio público, argumentando que la institución nació en un momento en que las Administraciones públicas estaban necesitadas de títulos habilitantes para desarrollar su actividad, pero que en la actualidad, el funcionamiento de la actividad administrativa cambia totalmente. Los entes públicos no necesitan utilizar el dominio público para intervenir en un sector de actividad económica dado que el propio texto constitucional encuentra y contiene su habilitación.

Todas estas posturas reflejan la certeza de algo que todos conocemos, la escala de la demanialidad, confirmando que la distinción entre bienes demaniales y patrimoniales es una simplificación, pervertida dogmáticamente, pues ni todos los bienes demaniales ni todos los bienes patrimoniales responden a idénticas características. Puede pensarse, por citar un ejemplo dentro del conjunto de bienes

---

<sup>49</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., «Patrimonio y bienes patrimoniales de las Administraciones públicas», GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (coord.), *Derecho de los bienes públicos...*, op. cit., pp. 109 y ss.

demaniales, en las diferencias existentes entre los montes catalogados y en las vías pecuarias.

## **1.2. LA RELEVANCIA DEL DOMINIO PÚBLICO EN EL DERECHO PÚBLICO DE BIENES**

El dominio público ha gozado de tal protagonismo en el Derecho público de los bienes que incluso ha dejado escaso espacio a la atención de otros regímenes de bienes, de gran trascendencia.

En la propia CE está inscrito el valor y las claves de los bienes públicos. Su utilidad es fundamental, en tanto que son medios para la preservación (por ejemplo, la naturaleza o el medio ambiente) y la garantía (por ejemplo, la salud o el patrimonio histórico-artístico) de bienes constitucionales y, por tanto, de la satisfacción de intereses generales<sup>50</sup>.

A pesar de todo ello, no es tan sencillo encontrar el mismo consenso en el reconocimiento de la relevancia que revisten los bienes como en la determinación de la causa de este fenómeno.

Uno de los motivos que suele alegarse es la consideración de la función socioeconómica de los bienes como elemento vertebrador de su régimen jurídico.

El Derecho de bienes no es un sector del ordenamiento jurídico de carácter neutro e intemporal, sino que está relacionado con los principios generales de ordenación de la actividad económica y, en consecuencia, precisa una constante actualización que lo integre en la denominada Constitución económica<sup>51</sup>.

La importancia del dominio público es de tal magnitud que el ordenamiento jurídico se ha centrado siempre en él y en sus elementos, si bien inicialmente se ha preocupado por los de carácter subjetivo (particularmente por la relación del bien con la persona que lo domina), y en la actualidad por los de carácter objetivo, siendo,

---

<sup>50</sup> PAREJO ALFONSO, L., «Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general», *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, 1983, pp. 2379 y ss.

<sup>51</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. III. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la propiedad. La posesión*, Civitas, Madrid, 1995, p. 44, indica: «El Derecho de cosas constituye un soporte jurídico de un núcleo de problemas que son político-económicos y revisten un carácter fundamental y, aún diríamos, que son vitales para toda organización social».

precisamente, el punto central de la regulación los bienes en sí mismos, analizados de forma coordinada con la actividad que se realiza en ellos.

### **1.3. LA CONTROVERTIDA CUESTIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DOMINIO PÚBLICO**

La cuestión de la naturaleza jurídica del dominio público ha sido objeto de una importante polémica doctrinal.

Inicialmente, ha sido resuelta por los autores en función de las dos posturas que ya se mantenían en Francia en 1840: entenderlo bien como una modalidad del derecho real de propiedad -aunque sea especial- o bien como una de soberanía. No quiere decir que las soluciones de un ordenamiento jurídico sean trasladables sin más a otro, pero sí que puede apreciarse una notable influencia del *domaine public* francés.

Fue PROUDHON<sup>52</sup> quien sostuvo que las cosas comunes y públicas no eran de propiedad de la Corona, y distinguió entre dominio público y dominio privado del Estado, con negación de todo derecho de propiedad sobre la primera categoría y reconociéndole únicamente a éste poderes de guarda y vigilancia. Para entender su planteamiento, debe saberse que, en su opinión, no todos los bienes que están sirviendo realmente a los intereses generales tienen la misma posición en el ordenamiento jurídico. Según este autor, nos encontramos con tres clases de bienes: las cosas comunes (aire, luz, mar y agua), las cosas privadas (susceptibles de ser objeto de derecho de propiedad pública y privada, tales como prados, edificios, frutos y muebles) y una categoría autónoma de cosas públicas que es a la que efectivamente se denomina dominio público. Este último conjunto de bienes se compone por aquellos que *«han sido puestos por la autoridad pública fuera de toda posesión privada: ellos son los puertos de mar, las carreteras, los caminos públicos de toda clase, las murallas de las plazas militares, los ríos y riveras navegables, los canales de navegación interior, etc.»*.

Ha de tenerse en cuenta que durante todo el período de negación del derecho de propiedad como mecanismo de explicación de su naturaleza jurídica se mantuvo esta concepción restrictiva de los bienes que se encuadraban en él.

Establecida esta distinción entre bienes, PROUDHON separa las relaciones que unen a los titulares con los bienes demaniales y con los bienes privados. Existirá una

---

<sup>52</sup> PROUDHON, V., *Traité du domaine public (ou De la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public)*, Dijon, Lagier, 1833.

relación demanial allí donde se halle un poder especialmente encargado de dirigir y administrar las cosas, que han sido afectadas, por las leyes, al uso de todos y sobre los cuales no cabe la propiedad de ninguno. Esta exclusión se debe a que el dominio público se separa, en definitiva, de la propiedad debido a que el derecho de propiedad es un dominio de aprovechamiento directo para su dueño, mientras que el dominio público no es más que un dominio de protección para garantizar el aprovechamiento por parte de todos los individuos que puedan precisararlo.

La superación de la tesis de PROUDHON es obra de HAURIOU<sup>53</sup>, quien argumentó que el derecho sobre el dominio público es un derecho de propiedad. La posición que durante buena parte del siglo XIX ha sido mayoritaria sobre la naturaleza del dominio público es la que lo ha reconducido a una manifestación del derecho de propiedad, con ciertas modificaciones derivadas de su servicio a los intereses generales. La impronta de HAURIOU sobre la doctrina española ha sido de tal magnitud que incluso la forma de plantear la cuestión en algunos autores responde a los parámetros de dicho autor<sup>54</sup>. El impacto de esta tesis sobre la doctrina francesa ha sido y continúa siendo definitivo.

Por tanto, el dominio público, por su naturaleza, puede ser objeto de propiedad privada. El hecho de que el contenido y régimen de las facultades de la Administración no sean idénticos a los correspondientes del derecho de propiedad regulado por el C.c., no constituye argumento alguno en contra de la afirmación del dominio público como propiedad de la Administración, pues la propiedad civil es sólo un tipo de propiedad que no agota la institución. La conclusión es que las dependencias del dominio público son «*propriétés administratives*». La contradicción que supone calificar un bien como propiedad administrativa y al mismo tiempo señalar que esos bienes son inalienables e imprescriptibles la salva este autor con el empleo de un concepto esencial en el

---

<sup>53</sup> HAURIOU, M., *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Dalloz-Sirey, Paris, 2002.

<sup>54</sup> Así lo explica GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *La titularidad de los bienes del dominio público...*, *op. cit.*, p. 49. Se ve reflejada esta afirmación en la obra de ÁLVAREZ-GENDÍN Y BLANCO, S., *El dominio público. Su naturaleza jurídica*, Bosch, Barcelona, 1956, p. 41, en la cual se sostiene: «*El dominio público es una forma de propiedad especial privilegiada de los entes públicos, afectada a la utilidad pública, a un servicio público o al interés nacional*». A partir de entonces, en este mismo sentido, entre otros, ENTRENA CUESTA, R., «El dominio público de los hidrocarburos», *Revista de Administración Pública*, núm. 29, 1959, pp. 374 y 375; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Sobre la imprescriptibilidad del dominio público», *Revista de Administración Pública*, núm. 13, 1954, p. 48; GARCÍA-TREVIJANO FOS, J.A., «Titularidad y afectación demanial en el ordenamiento español...», *op. cit.*, p. 16; y GUAITA MARTORELL, A., «Le domaine public en Espagne», *Revue Internationale des Sciences Administratives*, núm. 22, 1956, p. 131.

demanio, la idea de afectación de destino: mientras el bien está afecto a la utilidad pública de su régimen jurídico, su propiedad, tiene ese contenido peculiar que la separa de la propiedad normal.

Con posterioridad, la opinión de más peso manifestada en Francia contra la consideración del demanio como una variante de la propiedad ha sido la posición mantenida por DUGUIT<sup>55</sup>, quien afirmó que «*El error es admitir en principio la asimilación de la demanialidad a la propiedad cuando son dos cosas en principio absolutamente diferentes*». La noción de afectación bastaba para entender las potestades administrativas sobre los bienes de dominio público. Por ello, no modula la propiedad, sino que la niega por completo.

En cualquier caso, sí debe señalarse que la polémica sobre la naturaleza jurídica delata la existencia de un problema mucho más profundo que afecta a la necesidad o innecesidad del concepto mismo de dominio público. Cuando se discute si los bienes de dominio público están sujetos a una relación de propiedad se está tratando un aspecto superficial del verdadero problema, que consiste en conocer las peculiaridades efectivas de su régimen jurídico. Ahora bien, es preciso tener en cuenta que las opiniones, tan diferentes en apariencia, coinciden en lo sustancial: por un lado, quienes sostienen la tesis de la propiedad admiten que ésta, cuando está referida al dominio público, admiten unas peculiaridades esenciales derivadas no tanto de la condición pública de su titular como de las características de su función pública o de utilización especial.

Por otro lado, aquellos que niegan la existencia de una propiedad admiten que la relación jurídica establecida implica unas facultades del titular que también aparecen en la propiedad de los bienes privados<sup>56</sup>.

Para ello, en primer lugar, niegan que el dominio público sea una especie de soberanía del Estado, tomando como argumento que la soberanía no es más que la manifestación del poder del Estado sobre la totalidad del territorio nacional, por lo que tiene su utilidad en las relaciones internacionales, pero no en las internas.

En segundo lugar, tampoco consideran correcto que la Administración no obtenga frutos de los bienes de dominio público, puesto que reciben sumas de dinero como contraprestación a los títulos de utilización de los bienes.

---

<sup>55</sup> DUGUIT, L., *Traité de Droit Constitutionnel*, E. de Boccard, Paris, 1930, pp. 353 y ss.

<sup>56</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *La titularidad de los bienes del dominio público...*, op. cit., p. 35.

En tercer lugar, no creen admisible el poder afirmar que los Entes titulares del dominio público carezcan de la posibilidad de disposición de los bienes.

Por último, el titular del dominio público no sólo no carece de las potestades características del derecho de propiedad, sino que, asimismo, dispone de otros elementos característicos de dicho derecho, como el señorío absoluto, la exclusión de terceros y el derecho de persecución sobre estos bienes de dominio público.

No obstante, la reconducción del dominio público hacia el derecho de propiedad no impide reconocer que no se trata de una propiedad similar a la del Derecho común, sino que dispone de ciertas peculiaridades derivadas del diferente modo de considerar las facultades del supuesto dueño<sup>57</sup>. El elemento esencial que motiva la aparición de estas especialidades es la afectación del bien al cumplimiento de una función pública<sup>58</sup>.

Este planteamiento que considera el dominio público como una forma de manifestarse el derecho de propiedad fue unánime en la doctrina española prácticamente desde la recepción de la obra de HAURIUO hasta la aparición de diversos trabajos de VILLAR PALASÍ<sup>59</sup>, que la sometió a una importante crítica. Desde entonces se ha propuesto modificar la concepción del dominio público, negando que el mismo fuera una forma de propiedad, así como afirmando que se trata de un título de intervención

---

<sup>57</sup> Puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de octubre de 1981, -RJ 1981/4703-, en la que se mantiene que, pese a ser una propiedad, tiene matices que la separan de la propiedad privada: «El dominio público en nuestro ordenamiento jurídico, en el presente momento histórico, se configura como una relación de propiedad y no como una relación de poder o soberanía, tal y como proclama no sólo el C.c. en sus arts. 338 a 345, sino la Ley de Régimen Local, en sus arts. 182 y siguientes, y el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, en sus arts. 3 y 4, y el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 2 de octubre de 1967 y 25 de marzo de 1970, doctrina también proclamada por el Consejo de Estado en sus Dictámenes de 14 de febrero de 1957 y de 10 de mayo de 1962, y matizada en el Dictamen de 14 de junio de 1969, en el que se afirma que la titularidad demanial no se confunde con el mero derecho de la propiedad civil, puesto que la misma se organiza por el Derecho no para utilización exclusiva del propio Estado sobre los bienes demaniales, sino que lleva consigo el principio de apertura de esos bienes a la utilización económica del común de los ciudadanos, de tal suerte que si bien el dominio público está fuera del comercio de los hombres y su comerciabilidad, sólo admitida en términos limitados por los modos de Derecho público, su adquisición puede operarse no sólo por medios o modos de Derecho administrativo, sino también por modos del Derecho privado».

<sup>58</sup> ARIÑO ORTIZ, G., *La Administración institucional. Bases de su régimen jurídico. Mito y realidad de las personas jurídicas en el Estado*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1972, p. 352.

<sup>59</sup> VILLAR PALASÍ, J.L., *Apuntes de Derecho Administrativo*, Tomo X, Universidad de Madrid, Madrid, 1966, pp. 32 y 33.

del que disponen los poderes públicos para garantizar el destino del bien al servicio a los intereses generales<sup>60</sup>.

Ciertamente, se constata en primer lugar que en el caso de que todo fenómeno de apropiación de bienes se recondujera al derecho de propiedad nos encontraríamos ante la desnaturalización absoluta de este derecho que se transformaría en una categoría «*absolutamente genérica, lo que podría llevarnos a una disquisición de carácter nominalista y falta de interés*»<sup>61</sup>.

De este modo, pese a ser cierto que el Ente titular del dominio público dispone de potestades asimilables a las de los propietarios privados, éstas deben ser consideradas dentro de un contexto absolutamente diferente. En este sentido, han de olvidarse los parámetros típicos del derecho de propiedad y encuadrar de manera más adecuada el dominio público, conectándolo con la figura de la potestad. La diferente finalidad que orienta la actuación de la Administración se traduce en que ésta lo que intenta es buscar potestades, ampliar el ámbito de lo público teniendo en cuenta los fines que motivan la demanialización de cada categoría de bienes.

#### **1.4. LOS DOGMAS CONFIGURADORES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEMANIAL**

##### **1.4.1. Notas básicas**

El Derecho de las propiedades públicas está impregnado de arraigadas influencias de la dogmática clásica, uno de cuyos postulados más asentados es que la mejor garantía para preservar la integridad de los bienes demaniales y garantizar su destino público es sustraerlos al tráfico jurídico-privado<sup>62</sup>, de manera que ni la Administración ni los particulares pueden disponer libremente de los mismos mientras conserven ese carácter demanial.

Como efecto directo de esa concepción, en nuestro entorno jurídico nacional ha sido tradicional el mantenimiento riguroso de los dogmas que configuran el régimen jurídico exorbitante de los bienes demaniales: inembargabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad; establecidos como medidas de protección. Mediante la aplicación

---

<sup>60</sup> MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I., *Dominio público*, Trivium, Madrid, 1992, pp. 19 y ss.

<sup>61</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, Á., *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 82.

<sup>62</sup> LEGUINA VILLA, J., «El régimen constitucional de la propiedad privada», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, 1994, p. 11.

de estas reglas la técnica del dominio público excluye el bien afectado del tráfico jurídico. El demanio está caracterizado por un régimen estricto que trata de mantener esos bienes, evitando negocios jurídicos que puedan perjudicarlos.

El art. 132.1 de la CE se hace eco de esas tres notas básicas de protección del dominio público al afirmar: «*la ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación*». Asimismo, el art. 6 a) de la LPAP proclama que «*la gestión y administración de los bienes y derechos demaniales por las Administraciones públicas se ajustarán a los siguientes principios: a) inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad*».

Aunque la Carta Magna no define lo que entiende por las reglas de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, estos conceptos, nacidos como mecanismos de protección se interpretan comúnmente de un modo consabido que, no obstante, conviene recordar<sup>63</sup>.

#### **1.4.2. La inalienabilidad**

En primer lugar, inalienable significa que no se puede realizar ningún acto traslativo sobre el dominio público ni constitutivo de derechos en favor de terceros mientras los bienes tengan el carácter de demaniales<sup>64</sup>. Quiere decirse que el término inalienabilidad significa jurídicamente que los bienes de dominio público, mientras mantengan dicho carácter, no pueden enajenarse, esto es, que la Administración titular de los mismos no puede, mediante ninguna clase de negocio jurídico, disponer de ellos transmitiéndolos a un tercero. La titularidad demanial, aunque comprenda la administración, no incluye la facultad para disponer de él.

---

<sup>63</sup> Sobre esta cuestión son de destacar los trabajos de CLAVERO ARÉVALO, M., «La inalienabilidad del dominio público», *Revista de Administración Pública*, núm. 25, 1958; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Sobre la imprescriptibilidad del dominio público», publicado en *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo...*, *op. cit.*; PAREJO GAMIR, R. y RODRÍGUEZ OLIVER, J.M., *Lecciones de dominio público*, ICAI, Madrid, 1976; y SAINZ MORENO, F., «El dominio público: una reflexión sobre su concepto...», *op. cit.*, pp. 477-514.

<sup>64</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, J.F., «El dominio público», BOCANEGRA SIERRA, R. (dir.), *Lecciones de dominio público*, Colex, Madrid, 1999, pp. 17 y ss., explica que la regla de la inalienabilidad produce las siguientes consecuencias: el demanio no se puede vender, no puede ser objeto de hipoteca, no cabe establecer servidumbres sobre el mismo, e inviabilidad en general para constituir otras posibles cargas sobre tales bienes.



Cuando dicha regla se infringe, la consecuencia jurídica es la nulidad absoluta de los contratos de enajenación por falta de objeto<sup>65</sup>, sin que éstos puedan ser subsanados ni convalidados<sup>66</sup>.

Desde una perspectiva histórica, esta norma tuvo su origen en la prohibición de venta<sup>67</sup> de los bienes reales sin la autorización de las Cortes; medida que, con el tiempo, acabaría traducéndose en dos reglas bien dispares<sup>68</sup>: a) La regla de la inalienabilidad absoluta de los bienes demaniales, que prohíbe la enajenación de tales bienes a pesar de que exista efectivamente refrendo legal y b) La regla competencial por la que se habilitaba únicamente al Parlamento para acordar la enajenación de determinados bienes inmuebles patrimoniales del Estado, en concreto los de más valor, en aras también de evitar una incorrecta o fraudulenta disposición de los mismos.

En la actualidad es el art. 135 de la LPAP el que se encarga de regular esta cuestión, atribuyendo la competencia para enajenar bienes inmuebles de la Administración General del Estado al Ministro de Hacienda, y los inmuebles y derechos reales pertenecientes a sus Organismos públicos, a los Presidentes, Directores u órganos colegiados de los mismos, debiendo autorizarse la enajenación en ambos casos por el

---

<sup>65</sup> Como sostiene SAINZ MORENO, «El dominio público: una reflexión sobre su concepto...», *op. cit.*, p. 506, «Las cosas inalienables están fuera del comercio de los hombres y, por consiguiente, no pueden ser objeto de contrato (art. 1271 del C.c.). Su propietario no puede disponer de ellas, transmitiéndolas a otro, mientras conserven este carácter. (...) 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 C.c. (...))».

<sup>66</sup> La nulidad radical o de pleno derecho es la consecuencia jurídica de la infracción de la regla de la inalienabilidad, desde el momento en que es ésta la consecuencia jurídica para todo contrato carente de objeto, conforme al art. 1261 del C.c. («No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: [...] objeto cierto que sea materia del contrato [...]»), teniendo en cuenta el carácter intransferible o *extra commercium* del demanio (art. 1271 del C.c., «Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres»).

<sup>67</sup> No obstante, en la actualidad la inalienabilidad no debe ser confundida con una figura aparentemente similar: la prohibición de vender. La legislación administrativa establece en algunos supuestos la prohibición de venta de determinados bienes de propiedad de la Administración, que no son, sin embargo, de dominio público, sino patrimoniales, de propiedad privada. La diferencia entre ambas figuras radica en que la prohibición de vender presupone la capacidad para disponer del bien, puesto que con arreglo a las normas civiles, el derecho de propiedad engloba el *ius disponendi*, el derecho a disponer del bien. La inalienabilidad, en cambio, supone precisamente lo contrario: la titularidad necesaria de una Administración pública, en tanto se mantenga la afectación del bien de dominio público.

<sup>68</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (coord.), *Diccionario de obras y bienes públicos*, Iustel, Madrid, 2007, p. 399.

Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Hacienda- cuando el valor del bien o derecho, según tasación, exceda de veinte millones de euros.

De esta forma, mientras los bienes y derechos demaniales no pueden ser objeto de enajenación en ningún caso, los patrimoniales son por definición alienables, conforme al procedimiento y los requisitos legalmente establecidos<sup>69</sup>.

### 1.4.3. La imprescriptibilidad

En segundo lugar, la imprescriptibilidad, nota derivada de la utilidad pública de los bienes demaniales, supone que los bienes de dominio público no pueden ser objeto de prescripción adquisitiva ni pueden perder su carácter público por el transcurso del tiempo. En otros términos, frente a la posibilidad de la adquisición de la propiedad de los bienes privados ajenos, incluso los patrimoniales de la Administración<sup>70</sup>, por quien los posee durante un cierto tiempo (arts. 1957 y 1959 del C.c.)<sup>71</sup>, los bienes de dominio público no pierden esa condición, ni la Administración su titularidad, cualquiera que fuese el tiempo de posesión por los particulares.

En cuanto a sus efectos, esta regla impide no sólo la pérdida a favor de un particular de la titularidad total del bien demanial, sino también la pérdida de sus partes físicas o de parte de sus facultades jurídicas y, en consecuencia, tampoco pueden adquirirse por prescripción servidumbres sobre bienes de dominio público, ni cualesquiera otros derechos de aprovechamiento sobre el mismo<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> Indica el art. 30.2 de la LPAP: «Los bienes y derechos patrimoniales podrán ser enajenados siguiendo el procedimiento y previo el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos (...)».

<sup>70</sup> El art. 30.2 de la LPAP sostiene que los bienes y derechos patrimoniales «podrán ser objeto de prescripción adquisitiva por terceros de acuerdo con lo dispuesto en el C.c. y en las leyes especiales». No obstante, existe una regla especial para los montes públicos, contemplada en el art. 19 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, conforme a la cual, sólo se admite para esta categoría forestal la usucapión extraordinaria de treinta años: «La usucapión o prescripción adquisitiva de los montes patrimoniales sólo se dará mediante la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida durante treinta años».

<sup>71</sup> Debe recordarse que según establece el C.c. la prescripción constituye un modo de adquirir, de la manera y con las condiciones determinadas por la Ley, el dominio y demás derechos reales. Añadiendo el art. 1940 que se necesita poseer las cosas con buena fe y justo título, «por el tiempo determinado en la Ley». No obstante, el art. 1959 reconoce, otorgándole un valor determinante al tiempo en que se posee una cosa como dueño, que se prescriben también, tratándose de bienes inmuebles, por su posesión no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe.

<sup>72</sup> CARRILLO DONAIRE, J.A., *Las servidumbres...*, op. cit., pp. 162-163.

GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>73</sup> explica que, desde una perspectiva histórica, hay que recordar la existencia en el pasado de dos vías de excepción a este principio de imprescriptibilidad del dominio público. En primer lugar, el instituto de la posesión inmemorial o «*vetustas*», que admitía, como excepción a la regla general, la posibilidad de prescripción del dominio público a través de la posesión por un plazo extraordinario de cien años. El Derecho común medieval fijó este plazo centenario de posesión en cuanto prolongación máxima de la memoria humana sobre la tierra. Asimismo, la desafectación tácita o presunta de los bienes demaniales, admitida por el antiguo Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1955. Su art. 8.5 establecía el plazo de veinticinco años a falta de afectación del bien al uso o servicio público, o comunal, para entender producida la desafectación y, en consecuencia, la conversión del bien demanial en bien patrimonial o privado de la Administración. Con ello se admitía de hecho una excepción al principio de imprescriptibilidad, desde el momento en que, desafectado el bien y convertido en patrimonial, podían comenzar a contarse los plazos de prescripción civiles, con la consiguiente usucapión del bien demanial aun veinticinco años más larga<sup>74</sup>.

La LPAP afirma, en su art. 22, que sólo las Administraciones públicas pueden adquirir por prescripción con arreglo a lo establecido en el C.c. y en las leyes especiales.

#### **1.4.4. La inembargabilidad**

Finalmente, la regla referida a la inembargabilidad ocasiona la imposibilidad de que se dicte mandamiento de ejecución o providencia de embargo contra los bienes demaniales, esto es, impide la afección de los mismos a la ejecución judicial o administrativa con el consiguiente apremio o venta forzosa para tal fin, evitando así quebrantar el interés general mediante la interrupción del uso o servicio público al que están afectos los bienes.

En el ámbito jurisdiccional, la exención de traba de los bienes o derechos públicos constituye un límite al poder ejecutivo frente a la Administración. Por ello,

---

<sup>73</sup> Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo II*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.

<sup>74</sup> En efecto, este principio de imprescriptibilidad, formulado de manera tan absoluta, ha planteado problemas tanto a la doctrina como a la jurisprudencia, pues si bien nadie discute que los bienes de dominio público son imprescriptibles en cuanto tales, la solución puede ser distinta si se admite que la posesión continuada, durante un determinado plazo de tiempo, pueda llegar a desafectar tácitamente un bien demanial, perdiendo su naturaleza y convirtiéndose en un bien patrimonial, de propiedad privada de la Administración, perfectamente prescriptible con arreglo a las normas civiles.

como toda prohibición legal de embargo que excepciona el principio general de embargabilidad, constituye una limitación al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE.

Entre las normas que recogen la regla de inejecución del demanio, pueden distinguirse, en atención a su extensión, aquéllas que la consagran con carácter general para toda Administración titular de este tipo de bienes y derechos [art. 132.1 de la CE, 6) y 30.1 de la LPAP] y aquéllas otras que la contemplan para una concreta Administración o género demanial (ámbito local, dominio público de las Comunidades Autónomas, dominio público forestal, marítimo-terrestre, vías pecuarias, etc.).

#### **1.4.5. Consecuencias en el tráfico jurídico de la aplicación de los principios tradicionales del régimen demanial**

Al aplicar las reglas anteriores, la CE coloca al dominio público en un régimen de total indisponibilidad, resguardándolo de todo acto consciente o inconsciente, directo o indirecto, que pueda suponer la adquisición del bien o de cualquier derecho sobre el mismo por parte de un particular<sup>75</sup>. En efecto, la característica fundamental del Derecho de la demanialidad pública es ser un Derecho protector, cuya razón de ser principal es asegurar la tutela de los bienes necesarios para la satisfacción de los intereses generales. El carácter demanial y *extra commercium* que otorga la afectación persigue garantizar el uso público y su utilización pública, permitir la prestación de servicios públicos, fomentar la riqueza nacional, garantizar la gestión y utilización controlada o equilibrada de un recurso esencial u otros similares, mediante el impedimento de los aprovechamientos privativos<sup>76</sup>.

En este contexto, la regla de la inalienabilidad es entendida en el sentido más amplio y rígido posible, prohibiendo todo acto de disposición sobre el bien, tanto de la

---

<sup>75</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., «Notas sobre el régimen general del dominio público», publicado en la obra dirigida por él, *Derecho de los bienes públicos...*, *op. cit.*, pp. 81 y ss., explica que la articulación de este régimen de protección en el que se insertan los bienes públicos no viene a cumplir meramente la función de protección de la titularidad pública, a pesar de que ésta sea la función más inmediata, sino que al mismo tiempo sirve como mecanismo para garantizar las funciones públicas que se están prestando con estos bienes, funciones que son las que dan sentido a la propia existencia de los bienes públicos.

<sup>76</sup> PAREJO ALFONSO, L., «La summa divisio de las cosas. Las cosas públicas: el patrimonio de las administraciones y el dominio público», PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.), *Derecho de los bienes públicos, vol. I*, Aranzadi, Navarra, 2013, p. 71.

propiedad como de constitución sobre el mismo de derechos reales limitados de goce, de crédito y cualesquiera otras posibles cargas<sup>77</sup>.

Este impedimento de someter los bienes de dominio público a tráfico jurídico privado, colocándolos en una caja blindada que los resguarde de los negocios de Derecho privado fue explicado por MARTÍNEZ USEROS<sup>78</sup> argumentando que el principio sustancial de la teoría del dominio público es la inalienabilidad por los procedimientos de Derecho privado, a causa del daño o peligro que pudieran causarle a la afectación o destino.

No obstante, dado que se considera que sólo el tráfico jurídico privado menoscaba la función pública de los bienes demaniales, no existe inconveniente en admitir que sí sean objeto de tráfico jurídico administrativo<sup>79</sup>, consintiendo derechos de ocupación concedidos por la Administración en forma de autorizaciones y concesiones demaniales que ocasionan el nacimiento de derechos reales de carácter estrictamente administrativo (más precarios y limitados en sus efectos que los derechos reales de carácter civil<sup>80</sup>). De las principales diferencias existentes entre los derechos reales

---

<sup>77</sup> Esta visión absoluta del principio de inalienabilidad para garantizar la inseparabilidad de los bienes de la función pública y el mantenimiento de la titularidad administrativa fue explicada por CLAVERO ARÉVALO, M., en su obra «La inalienabilidad...», *op. cit.*, pp. 11 y ss., afirmando: «*La inseparabilidad de los bienes de su destino público constituye la meta y la razón de ser de la inalienabilidad. Sólo cuando el interés público exige tal separación, ésta se produce con la desafectación determinante del cese del dominio público y de la inalienabilidad. Pero la regla de la inalienabilidad no sólo protege la afectación a una función pública, sino que la protege de una manera específica y propia. Protege la afectación conservando la titularidad administrativa o pública de los bienes. (...) Reducir la inalienabilidad a la protección del mero goce o de la afectación, es admitir la validez de todas las transmisiones que no perjudiquen tal afectación. Ello supone negar la inalienabilidad del dominio público, porque la protección del uso y del goce administrativo se consigue con simples medidas de policía.*».

<sup>78</sup> MARTÍNEZ USEROS, E., «Improcedencia de servidumbres sobre dominio público», publicado en el libro homenaje al profesor GARCÍA OVIEDO, Escuela de Estudios Hispanoamericanos, Sevilla, 1954, pp. 137-176, señala al respecto: «*(...) ha nacido la teoría del dominio público como un régimen jurídico peculiar de los bienes afectados al uso o al servicio público. Su principio sustancial es la inalienabilidad por los procedimientos de Derecho privado. El sentido de la limitación tiene bases obvias, ya que se establece en garantía de la permanencia de la afectación al fin público -de su uso o servicio- y la misma no excluye su compatibilidad con otros objetivos de análoga naturaleza. En consecuencia, se rechaza toda posible enajenación iusprivatista de los bienes de dominio público, habida cuenta del daño o peligro que pudiera entrañar a la afectación o destino al interés público (...)*».

<sup>79</sup> Tampoco constituye la regla de la inalienabilidad impedimento para los supuestos de transmisión o sucesión en la titularidad del demanio entre entes públicos, vía mutación demanial por cambio de Administración titular, pudiendo ir acompañada o no de alteración del destino o afectación.

<sup>80</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Los derechos reales administrativos*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1989, p. 29, define estos derechos como *derechos reales cuyo objeto son cosas de dominio público*, señalando a continuación que para que pueda hablarse de derecho real administrativo es necesario que se den los tres elementos que integran la definición: *primero, que exista un auténtico derecho subjetivo; segundo, que el derecho sea real, y tercero, que el objeto del mismo sea un bien de dominio público*. También REINA

administrativos y los derechos reales de carácter civil merecen ser destacadas las siguientes<sup>81</sup>:

En primer lugar, los derechos reales administrativos están siempre sujetos a plazo o término, mientras que los derechos reales civiles se caracterizan por su naturaleza perpetua. Por otro lado, los derechos reales administrativos sólo pueden ser adquiridos por título administrativo traslativo (concesión o autorización de uso especial), por lo que no son susceptibles de prescripción adquisitiva. En cambio, los derechos reales civiles, como contemplan los arts. 1930 y 1940 del C.c., sí pueden hacerlo. Otra característica diferenciadora entre ambas figuras es el carácter revocable de las concesiones y autorizaciones demaniales, del que deriva su falta de eficacia *erga omnes*. Los derechos reales, por su parte, sí pueden ser oponibles *erga omnes* ya que su carácter absoluto implica que los mismos puedan hacerse valer contra todos, incluso coactivamente. Finalmente, el titular de la concesión o autorización no puede ejercer por él mismo y en nombre propio las acciones posesorias frente a perturbaciones de terceros; en cambio, frente a las lesiones o perturbaciones de terceros, el titular del derecho real civil tiene a su disposición las acciones posesorias.

En síntesis, las diferencias de régimen entre los derechos reales administrativos y los derechos reales civiles son claras, pudiendo afirmarse que los primeros consagran derechos debilitados en comparación a los segundos. Mientras los derechos reales administrativos no son derechos subjetivos perfectos oponibles *erga omnes*, sino más bien situaciones objetivas disciplinadas por la norma y plegadas al ejercicio de la potestad administrativa (y en particular al *ius variandi*), los derechos reales civiles sí son derechos subjetivos de carácter real oponibles frente a todos, incluida también la Administración pública.

### 1.5. LOS ELEMENTOS HISTÓRICOS DEL DOMINIO PÚBLICO

Toda reconsideración del dominio público ha de tener en cuenta y clarificar los componentes de arrastre histórico que el mismo conlleva consigo pues a la situación actual se ha llegado a lo largo de un proceso histórico<sup>82</sup>, cuyos orígenes pueden situarse

---

TARTIÈRE, G., «Los derechos reales administrativos: fundamentos para una categoría», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 714, 2009, pp. 1670 y ss.

<sup>81</sup> CARRILLO DONAIRE, J.A., *Las servidumbres...*, *op. cit.*, pp. 163-167.

<sup>82</sup> FONT I LLOVET, T., «La protección del dominio público en la formación del Derecho administrativo español: potestad sancionadora y resarcimiento de daños», *Revista de Administración Pública*, núm. 123,

en la clasificación romana de las cosas. A pesar de ello, no puede ignorarse que la teoría del dominio público, en cuanto institución jurídico-administrativa, es relativamente moderna. Se formuló, en efecto, a partir de la revolución francesa, aunque sobre la base de materiales históricos.

### 1.5.1. Derecho romano

Ciertamente, al analizar esta cuestión, el punto de partida obligado es el Derecho romano debido a que el régimen jurídico peculiar del dominio público sigue siendo tributario del mismo<sup>83</sup>.

Debe precisarse, además, que en la posterior evolución histórica de la figura han sido tres las instituciones romanas influyentes en la misma<sup>84</sup>.

#### A) *Clasificación y régimen de las cosas*

Indudablemente, la institución que mayor peso ha ejercido sobre el Derecho actual es la clasificación y el régimen de las cosas. No obstante, el concepto de dominio público no fue conocido en el Derecho romano, sino que ha sido fruto de una elaboración posterior medieval.

En todo caso, las cuestiones a resaltar en relación con él son las que se enumeran a continuación<sup>85</sup>:

---

1990, p. 8, «Como sucede con la mayor parte de las instituciones jurídicas, su actual configuración no es más que el producto de un vasto proceso de acarreo histórico que ha ido incorporando a un núcleo, o segregando de él, distintos elementos que, considerados luego en su conjunto, han venido a articular un régimen jurídico característico».

<sup>83</sup> SERNA VALLEJO, M., «Los bienes públicos: formación de su régimen jurídico», GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (coord.), *Derecho de los bienes públicos...*, p. 39, «El Derecho romano, y en particular el Derecho romano justiniano, ha marcado de manera decisiva el pensamiento jurídico europeo como consecuencia de la renovada importancia que la compilación de Justiniano adquirió a partir del siglo XI y de la influencia que ejerció sobre los derechos de los diferentes Reinos en el marco de la Recepción del Derecho Común. Esto explica que, en los siglos modernos y también en el XIX, los juristas que se ocuparon del régimen de las cosas públicas tuvieran siempre presente el tratamiento recibido por esta materia en el Derecho justiniano». No obstante, indica GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *La titularidad de los bienes del dominio público...*, *op. cit.*, p. 24, que de poco sirve remontarnos tan lejos en el nacimiento del dominio público cuando ni en la época romana ni en la medieval disponían de un régimen jurídico suficientemente acotado que pudiera constituir la base del demanio moderno.

<sup>84</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho público romano*, Civitas, Madrid, 2012, pp. 239 y ss.

<sup>85</sup> Así lo explica PAREJO ALFONSO, L., en su trabajo «Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general»..., *op. cit.*, pp. 2384 y ss. No obstante, señala que los aspectos no son claros, especialmente por lo que hace a si sobre las cosas públicas recaía o no un derecho de propiedad del que hoy llamaríamos Estado.

1. En primer lugar, la existente distinción entre cosas privadas o en el tráfico jurídico privado y cosas públicas o fuera de ese tráfico; distinción que alude a un diferente régimen jurídico, siendo el de las *res publicae*<sup>86</sup> exorbitante y dirigido a la protección de las mismas e incluyendo las reglas de la inalienabilidad e imprescriptibilidad. Esto no impedía que pudieran ser utilizadas por todos los ciudadanos de Roma, en tanto integrantes de esta colectividad, estando destinadas al uso público; de ahí que también recibieran el nombre de *res publicae in uso publico*.
2. El régimen jurídico-público privilegiado traía causa de un acto solemne o formal (*dicatio, publicatio*), que exteriorizaba la dedicación de la cosa a un determinado destino, a cuyo servicio está aquel régimen. Puede observarse así que la afectación era ciertamente conocida por el Derecho romano.
3. Ese régimen jurídico exorbitante tenía como finalidad el aseguramiento de la satisfacción del destino al que se vinculaba la cosa. Ninguna de ellas era susceptible de apropiación particular y todas se caracterizaban por permitir formas diversas de uso por las instituciones o de disfrute general por los ciudadanos.

### **B) El régimen del territorio «ager publicus» perteneciente al pueblo romano**

Hasta el Principado todos los territorios adquiridos por conquista militar se consideraron pertenecientes al pueblo romano, surgiendo entonces la necesidad de articular mecanismos para hacer posible el aprovechamiento privado de esa enorme masa de bienes. El mecanismo consistió pues en la retención de la propiedad y la transferencia sólo de la posesión bajo variadas formas, que acabaron confundándose en la figura del *ager vectigalis* (cesión en disponibilidad inicialmente temporal y luego ya definitiva, pero con pago de un canon de reconocimiento de la propiedad pública).

La prolongación a través de generaciones de la situación establecida terminó ocasionando la necesidad del reconocimiento jurídico de la realidad económica creada, produciéndose la asignación en propiedad de parcelas y, por tanto, la distinción entre suelo público (*ager publicus*) y privado (*ager divisus et adsignatus*).

---

<sup>86</sup> Estos bienes disfrutaban de una protección especial por su consideración como *res extra commercium*, lo que veta la posibilidad de que puedan ser objeto de apropiación y, en general, de tráfico jurídico.



### C) *El régimen de los bienes «princeps»*

Con el surgimiento del Principado aparece la distinción entre el *aerarium saturni* o *populi romani* (administrado por el Senado y al que se asignó el *stipendium* de las provincias senatoriales) y el *fiscus caesaris* (nutrido con el *tributum* de las provincias imperiales).

En el Bajo Imperio tuvo lugar la unificación de estos patrimonios, subsistiendo sólo formalmente como figuras independientes.

#### 1.5.2. Desde la Edad Media a la Revolución Francesa y la codificación

En la tradición jurídica medieval española, que terminan sistematizando extensamente Las Partidas, inspirándose en los principios implantados en el Derecho romano, se distinguen categorías enteras de bienes caracterizados por poder ser usados en común por todos los ciudadanos, pero insusceptibles de apropiación singular por ninguno de ellos<sup>87</sup>.

Sin embargo, de este período debe ser destacada la pérdida de la clara clasificación romana de los bienes que luego se recuperará a través de los glosadores y postglosadores. Tiene lugar una confusión o mezcla de diversas instituciones romanas, de la que resulta una subjetivización de las clásicas *res publicae*. Los bienes no se caracterizan ya por el régimen propio de su destino y uso, sino por ser pertenecientes al Príncipe, sin perjuicio de la aplicación a las mismas de aquel régimen. De ahí que la defensa del uso público dejara de estar entregada a la acción privada para pasar a ser una verdadera función pública<sup>88</sup>.

En consecuencia, la caracterización de los bienes de dominio público deriva básicamente de su titularidad, si bien está presente en la misma también el dato de su pertenencia o su relación con potestades soberanas. Dicha circunstancia ocasiona que el dominio público se extendiera a cosas que no eran en Roma *res publicae*, alcanzando incluso a derechos inmateriales<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo I, La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*, Iustel, Madrid, 2006, p. 821.

<sup>88</sup> TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho español*, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 369 y ss.

<sup>89</sup> VILLAR PALASÍ, J.L., «Naturaleza y regulación de la concesión minera», *Revista de Administración Pública*, núm. 1, 1950, pp. 82 y ss.

### **1.5.3. De la Ley francesa de 1790 y el Código de 1804 a nuestro Código civil**

#### ***A) La noción francesa de dominio público***

Con la Revolución francesa tiene lugar una depuración técnica del concepto de dominio público, aunque fuertemente lastrada por toda la evolución anterior.

Las transformaciones más importantes que se produjeron, en virtud del Decreto de la Asamblea Nacional, de 22 de noviembre-1 de diciembre de 1790, *relatif aux domaines nationaux, aux échanges et concessions et aux apanages*, fueron tres. En primer lugar, el cambio del conjunto de bienes integrantes del dominio de la Corona a dominio de la Nación. En segundo lugar, la composición del nuevo dominio nacional más reducida al quedar excluidos del mismo todos los derechos no reconducibles a propiedades inmobiliarias o derechos reales. Por último y consecuentemente, dicho dominio deja de estar sujeto a las reglas de la inalienabilidad e imprescriptibilidad; pues de su concepto desaparece cualquier idea de función pública, ocupando todo el espacio la de propiedad en sentido jurídico-civil.

Con posterioridad, los autores del Código civil francés de 1804 se ocupan también de los bienes públicos en los arts. 538 a 542, sin embargo, su interés en esta materia es sólo accesorio. La creencia de que la materia habría de ser abordada en profundidad en el código de Derecho público pendiente de redacción justifica que se limiten a reproducir, en sus líneas generales, el contenido de la Ley de 1790. Por esta razón, los autores del Código civil francés se refieren, en los arts. 538 a 541, al dominio público, que comprende los caminos, carreteras, calles, ríos, cursos navegables, riberas, puertos, radas y, en general, todas las porciones del territorio francés no susceptibles de propiedad privada (art. 538), así como los bienes y herencias vacantes (art. 539), y las puertas, muros, fosos, murallas, fortalezas (art. 540) y fortificaciones (art. 541). En el Código civil francés, de igual modo que había sucedido en el texto de 1790, aún se preveía un concepto unitario de dominio público.

#### ***B) La creación de un mercado para la propiedad y la multiplicación de los propietarios: la desamortización***

Un hecho que en España no puede pasarse por alto, a la hora de analizar los bienes públicos, es la influencia que tuvo la desamortización<sup>90</sup>, produciendo un cambio radical de la situación de dichos bienes. La apertura total del mercado a una propiedad libre no sólo exigía la eliminación de las viejas vinculaciones, sino la puesta en el mercado de una masa importante de bienes -antes inalienables- que habían sido hasta entonces poseídos por las manos muertas.

Concretamente, fueron los Ministerios de Toreno y Mendizábal en 1835 y 1836 los que adoptaron medidas desamortizadoras, basándose en la necesaria reducción de la gravísima deuda que gravaba las arcas del Estado. Para ello, se canjea deuda por bienes desamortizados<sup>91</sup>.

***C) Recepción del concepto de dominio público francés por la doctrina.  
Proyección final en el Código civil***

En España se suele citar la Orden de 24 de mayo de 1853 como la primera en la que aparece la noción de dominio público. Se refería a un caso particular, que utilizó el Ministerio para advertir sobre las prácticas abusivas y contrarias *«a las leyes del Reino, con arreglo a las cuales las aguas de los ríos y sus cauces son de dominio público y, por tanto, no susceptibles de apropiación privada...»*. Tales prácticas consistían en establecer aprovechamientos privativos sin autorizaciones, entorpeciendo el uso por los demás. Contra ellas se levanta todo un cuerpo de disposiciones, que al tiempo que declaran las aguas como de dominio público, exigen la obtención de una autorización administrativa para poder usarlas privativamente. La Real Orden de 29 de abril de 1860 declaraba, en este sentido, que *«los cauces de los ríos, arroyos y demás corrientes naturales a que se refiere el párrafo primero del artículo 1 son dominio público, así*

---

<sup>90</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General...*, op. cit., pp. 827 y ss., explica la gran operación de venta de los bienes de las manos muertas, que, aunque tímidamente iniciada en los años intermedios a la aprobación de la Constitución de 1812, se desarrolla a partir de la muerte de Fernando VII. En efecto, los procesos de desamortización tendrán que esperar para desarrollarse con firmeza y en términos económicamente relevantes hasta la muerte de Fernando VII y el establecimiento de la Regencia de María Cristina. Antes de estas fechas, existieron algunas decisiones importantes, pero no produjeron consecuencias muy destacables por los continuos retornos del Rey Fernando VII al Absolutismo.

<sup>91</sup> La primera gran decisión desamortizadora se contiene en el Real Decreto de 19 de febrero de 1836 que declaró en venta todos los bienes que hubieran pertenecido a las suprimidas corporaciones religiosas. El Real Decreto de 8 de marzo de 1836 haría extensiva la desamortización a los demás monasterios y convenios regulares con muy pocas excepciones. Las medidas se consolidarán con la Ley de 29 de septiembre de 1837 y se ampliarán mediante Ley de 2 de septiembre de 1841. Las principales medidas legislativas concluirán con la desamortización de Madoz mediante Ley de 1 de mayo de 1855, que declaró en venta todos los predios rústicos y urbanos, censos y foros, pertenecientes al Estado, clero y cualquiera otro perteneciente a manos muertas.

*como las aguas que por ellos discurren*». Prescribía las autorizaciones que son necesarias para algunas clases de aprovechamientos.

Pero la depuración definitiva del concepto de dominio público y su utilización sistemática como instrumento regulatorio de todas las aguas, marítimas y continentales, es la Ley de Aguas, de 3 de agosto de 1866. La Exposición de Motivos de este texto fundamental afirma: *«Al adoptar por primera vez estas clasificaciones de dominio, repetidas después con frecuencia, cree la Comisión necesario explicar la significación que les da y el sentido en que las usa. Por dominio público de la Nación entiende el que a ésta compete sobre aquellas cosas cuyo uso es común por su propia naturaleza o por el objeto a que se hallan destinadas: tales son, por ejemplo, las playas, ríos, caminos, muelles y puertos públicos, su carácter principal es ser inajenable e imprescriptible. Y por dominio particular del Estado entiende el que a éste compete sobre aquellas cosas destinadas a su servicio, o sea, a la satisfacción de sus necesidades colectivas, y no al uso común, cosas de las que dispone como los particulares de las que constituyen su patrimonio; tales son entre otras muchas, los montes, minas, arsenales, fortalezas y edificios militares»*.

El otro ámbito donde el concepto de dominio público se desarrolla en nuestra legislación con más prontitud y repetición es en el de las obras públicas, y especialmente en la legislación de ferrocarriles. La Ley de Ferrocarriles, de 3 de junio de 1855, en su art. 3, establecía: *«Todas las líneas de ferrocarriles destinadas al servicio general son de dominio público, y serán consideradas como obras de utilidad general»*. La relevancia de esta norma no se deriva únicamente de la demanialización de las líneas de ferrocarril, sino que, asimismo, establece la relación, vigente en la actualidad, entre la obra pública y el dominio público. En efecto, dentro del reducido papel que interpretan los poderes públicos en las relaciones económicas una excepción la constituye la construcción, directamente o a través de vicarios suyos, de obras que sirvan para el desarrollo económico, infraestructuras como puertos, caminos, ferrocarriles. El papel que juega la demanialidad en este sentido es claro: supone advertir que se trata de bienes especiales en el sentido de que no rige el régimen especial de las cosas precisamente para poder preservar la función pública que están satisfaciendo.

Por otro lado, también es importante traer a colación para explicar el primer desarrollo de la categoría del dominio público el conjunto de regulaciones hipotecarias

decimonónicas, que aluden a los bienes de dominio público, considerándolos propiedades, pero sin que se previera la necesidad de su inscripción. Concretamente, los Reales Decretos de 6 de noviembre de 1863 y el de 11 de noviembre de 1864, que regularon la inscripción de los bienes del Estado y de las Corporaciones locales, en desarrollo de lo establecido en el Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (en adelante LH), precisaron: «*No hay necesidad de inscribir los bienes de uso público general, como las calles, los caminos, las riberas y otros, no porque estén fuera del comercio, sino porque no están realmente apropiados, ni constituyen el patrimonio exclusivo de ninguna persona o corporación, ni es indispensable que estén señalados con un número en el Registro para que sea notorio su estado civil*»<sup>92</sup>. Su importancia deriva de la separación de los bienes públicos en dos grupos distintos: unos, los demaniales, encargados de servir a un uso común y con caracteres físicos especiales, que les proporcionaban la denominada publicidad aparente, permitiendo que la inscripción en el Registro de la Propiedad sea facultativa. Por otro lado, los bienes de propiedad pública, adquiridos por los mismos procedimientos de los que disponen los particulares, y cuya falta de peculiaridad jurídica ocasiona que, al igual que aquéllos, hayan de ser obligatoriamente inscritos.

El Código civil de 1889 tomó las diversas aportaciones de la doctrina y muchas de las propuestas del proyecto de Código civil de 1851, conocido como García Goyena. Como ya hemos podido comprobar, los bienes los clasifica el C.c., en el art. 338, en dos categorías: «*Dominio público y propiedad privada*». También el art. 343 clasifica los bienes de las provincias y los pueblos en «*bienes de uso público y bienes patrimoniales*». Los bienes de dominio público se definen por ser de uso público (caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, las playas, radas y otros análogos), o por estar afectados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional (murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas, mientras no se otorgue su concesión). Los demás bienes en que no se den las circunstancias anteriores son de propiedad privada del Estado (art. 340). Igualmente, los bienes que dejen de estar destinados a un uso general o a las necesidades de la defensa del territorio pasan a ser de propiedad del Estado (art. 341). Por lo que concierne a las provincias y los pueblos, los de uso público son los caminos, las plazas, calles, fuentes y aguas públicas, los paseos y las obras públicas de

---

<sup>92</sup> El fundamento de dicha exclusión registral se encontraba, según la norma, en los caracteres físicos peculiares que presentan los bienes demaniales producen que la publicidad registral no resulte tan necesaria como para los restantes bienes. En efecto, su especialidad se traduce en que disponen de una protección jurídica suplementaria, de mayor valor, que es la denominada publicidad aparente: mediante la mera contemplación del bien se puede comprender perfectamente que son de todos, de la Nación.

servicio general, costeados por los mismos pueblos y provincias. Todos los demás son bienes patrimoniales y se rigen por las disposiciones del Código sobre la propiedad privada (art. 344).

## **2. LA NECESIDAD DE MATIZAR LOS PRINCIPIOS TRADICIONALES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEMANIAL Y LOS OBSTÁCULOS DE ESTA ORIENTACIÓN**

La demanialidad pública es un régimen enteramente exorbitante del Derecho común, que rige situaciones muy diversas y comprende elementos y, particularmente, sujeciones cuya aplicación no se muestra indispensable en algunos casos determinados. Mediante la incorporación de los bienes en un régimen jurídico inspirado por un conjunto de reglas que los convierten en totalmente indisponibles, se olvida que su razón de ser es el estar al servicio a la sociedad, esto es, su fin primordial es el servicio esencial a los intereses generales y la satisfacción de los mismos. No hay que pasar por alto que la propia existencia del dominio público está justificada por ser un mecanismo para lograr un superior grado de actividad de los poderes públicos que ha de ser ordenada de forma muy extrema<sup>93</sup> y que éste aparece fundamentalmente ligado al público, a los ciudadanos, a los cuales les ofrece un soporte indispensable para el desarrollo de la vida social.

Frente a la tradicional enunciación del principio de inalienabilidad del dominio público hiperbólica, surge hace ya tiempo la polémica<sup>94</sup> sobre la conveniencia de matizar sus efectos, fundada en que su pretensión esencial no es tanto la garantía de un régimen de apropiación por parte de los poderes públicos<sup>95</sup> como de un régimen de destino. Si el destino demanial al que está afectado el bien no se ve perjudicado, el dogma de la inalienabilidad continúa cumpliendo su objetivo.

---

<sup>93</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *La titularidad de los bienes del dominio público...*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>94</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., «Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy», *Revista de Administración Pública*, núm. 150, 1999, p. 57.

<sup>95</sup> El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 227/1998, de 29 de diciembre, ha precisado que el significado de la institución jurídica del dominio público no es el de una forma específica de la apropiación. Al respecto, señala que la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión a través de unas reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico *iure privato*. Así, el bien de dominio público es, ante todo, *res extra commercium*.

Efectivamente, el dominio público es una institución que reclama un cambio<sup>96</sup> que sea capaz de modificar su régimen jurídico y replantee la naturaleza y las funciones que cumplen cada uno de los bienes demaniales<sup>97</sup>.

En cuanto a los motivos que justifican dicha necesidad de transformación que reclama la institución demanial, MUÑOZ MACHADO<sup>98</sup> explica que existen tres órdenes de razones que ponen entredicho el régimen jurídico especial de los bienes demaniales:

1. El enorme crecimiento de la demanda de infraestructuras en las sociedades europeas altamente desarrolladas económicamente. Estas infraestructuras forman parte del modelo de bienestar que los ciudadanos reclaman al Estado y al mismo tiempo son un elemento más de las prestaciones que se esperan del mismo. La consecuencia de tanta demanda será que los presupuestos públicos presentarán síntomas claros de agotamiento. La necesidad de acudir a otras fuentes de recursos se hará progresivamente más evidente. La nueva apertura a la financiación privada pretende una traslación mucho más franca y plena de los riesgos hacia las empresas contratantes que la existente históricamente en la que el recurso a la financiación privada quedaba francamente condicionado y falseado.
2. El Derecho privado ha estado recuperando algunas técnicas jurídicas viejas como el censo enfiteútico o poniendo a punto otras nuevas como el *leasing* que no se pueden aplicar a las obras públicas porque algunos elementos de su dogmática evidentemente se oponían a las características de éstas. Esta incompatibilidad ponía a las Administraciones públicas al margen de una

---

<sup>96</sup> Ya en el año 1964, NIETO GARCÍA, A., afirmaba, en su obra *Los bienes comunales*, Edersa, Madrid, p. 3, que «la teoría del dominio público sería una categoría lógica que la doctrina importaría de Francia y el C.c. adoptaría luego a su modo, para terminar introduciendo una confusión que cada día se agrava más y a la que es urgente poner fin, aunque para ello sea preciso abandonar la teoría del dominio público, cuyos días –no es difícil predecirlo, aunque cause a algunos cierto escándalo- están contados».

<sup>97</sup> MOREU CARBONELL, E., «Desmitificación, privatización, y globalización de los bienes públicos: del dominio público a las obligaciones de dominio público», *Revista de Administración Pública*, núm. 161, 2003, pp. 447 y ss., explica la evolución del Derecho Administrativo en el campo del dominio público y la necesidad de buscar nuevas técnicas y ofrecer soluciones nuevas para problemas nuevos, teniendo en cuenta que en la mayoría de las ocasiones las formas cambian mientras subsisten las necesidades.

<sup>98</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General...*, op. cit., pp. 1315 y 1316.

corriente de desarrollo jurídico al servicio de la modernización de los mercados financieros y las inversiones.

3. La presión a favor de la ruptura de los corsés y limitaciones a la financiación privada de infraestructuras se ha visto favorecida por la liberalización de la economía que ha tenido lugar en las últimas décadas del siglo XX y ha continuado desarrollándose posteriormente. Era más sencillo que los empresarios privados pudieran obtener beneficios realizando y gestionando algunos tipos de obras públicas que siempre se habían considerado en un lugar reservado en exclusiva para la gestión y financiación pública.

Todas estas razones conducen a que el dogma de la inalienabilidad del dominio público, cuya función y medida precisa es proteger la afectación de los bienes, no se aplique absoluta y estrictamente sin ninguna excepción a todos los casos, sino que sólo lo haga en aquellas ocasiones en que sea necesario. Precisamente, las reivindicaciones que se formulan ahora y ocupan un lugar central en el Derecho de los bienes públicos abogan por la reubicación de la demanialidad y la inalienabilidad en el lugar que les corresponde para que puedan de este modo cumplir su cometido: proteger la afectación de los bienes a las utilidades públicas que tienen encomendadas y que ésta no permanezca inmóvil ante las nuevas necesidades surgidas, sino que, por el contrario, pueda reaccionar ante las debilidades que padece.

El régimen demanial y, particularmente, la inalienabilidad del dominio público están al servicio de dicha afectación y deben proteger la utilidad pública existente en cada caso<sup>99</sup>. Más aún, dado que la afectación es la medida de la inalienabilidad, donde cesan las necesidades de aquélla deben ser limitadas las exigencias de ésta. El papel principal que se confiere a la inalienabilidad es el ser garante de la afectación de los bienes de dominio público. La doctrina francesa<sup>100</sup> ha derivado de ello que la inalienabilidad está garantizada por la afectación de las dependencias demaniales, es decir, no es exigible ni está defendida si no en la medida en que la afectación es

---

<sup>99</sup> GAUDEMET, Y., *Code Général de la Propriété de Personnes Publiques commenté*, sous la direction de YOLKA, P., Litec, Paris, 2010, p. 15.

<sup>100</sup> GAUDEMET, Y., «El futuro del Derecho de las propiedades públicas», traducido por CARRILLO DONAIRE, J.A., de la versión original del trabajo, titulada «L'avenir du droit des propriétés publiques», publicada en los *Mélanges* en honor del Prof. François Terré, *L'avenir du droit*, Dalloz, Paris, 1999, pp. 567-577, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 40, 2000, pp. 11 y ss.



necesaria. Se dice, por ello, que el régimen de la afectación es funcional, ya que las reglas demaniales deberían dejar de ser aplicadas cuando la afectación ya no lo requiere.

Asimismo, debe reafirmarse el carácter fundamental y determinante del criterio de la afectación, en virtud del cual los bienes que pertenecen al dominio público son únicamente aquéllos que están afectos a una utilidad pública<sup>101</sup>. La afectación es igualmente la clave de la división básica de bienes de dominio público, de un lado, y bienes patrimoniales, de otro. De este modo, su alteración ocasiona el cambio de la calificación jurídica y, en consecuencia, de la condición del bien (de dominio público a patrimonial y a la inversa).

En otro orden de consideraciones, puede sostenerse que dicho principio constitucional de inalienabilidad tiene un cierto relativismo jurídico que debe ponderarse en las interpretaciones que se hacen del mismo. Este relativismo jurídico ha sido puesto de relieve por la doctrina, no sólo respecto del principio de inalienabilidad, sino también respecto de los principales dogmas, creados en torno a la institución demanial<sup>102</sup>.

El fundamento de la inalienabilidad en la afectación de los bienes a fines públicos, así como el relativismo jurídico de este dogma ponen de manifiesto que la demanialidad pública debe limitar sus exigencias no a rechazar automáticamente todas las alienaciones, sino a impedir sólo aquellas que contraríen la afectación demanial.

Como argumenta PAREJO ALFONSO<sup>103</sup>: *«Si el aseguramiento de la servicialidad de las cosas o los bienes al fin público puede producirse sin necesidad del sacrificio de su situación en el tráfico jurídico-privado, basta -conforme al ordenamiento en vigor, y según acredita el art. 33.2 de la CE y numerosa legislación ordinaria (la urbanística, la de costas, la de carreteras, etc.)-, bien con la delimitación*

---

<sup>101</sup> No obstante, en cuanto a la finalidad del principio de inalienabilidad, para algunos autores no tiene como función la garantía de afectación de los bienes a los fines públicos, sino que es un principio protector de la pertenencia pública de dichos bienes. Así, entre otros, GAUDEMAR, H., «L'inaliénabilité du domaine public, une nouvelle lecture», *Dossier Le patrimoine des personnes publiques*, LamyLine, *Droit et patrimoine*, núm. 179, 2009, «L'inaliénabilité du domaine public est une règle qui concerne la titularisation de la propriété de la dépendance domaniale et non le régime de son utilisation. Elle garantit du principe de la soustraction à la circulation juridique privée des biens du domaine public qui résulte de la spécificité de leur affectation».

<sup>102</sup> CANALS AMETLLER, D., *Recuperación y nuevo destino de viejas infraestructuras. De ferrocarril económico a corredor verde. Un estudio jurídico*, Cedecs, Barcelona, 2000, p. 120.

<sup>103</sup> PAREJO ALFONSO, L., «Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general»..., *op. cit.*, p. 2397.

*jurídico-pública del contenido de los derechos reales, bien con la limitación del mismo o la imposición de servidumbres».*

Desde hace tiempo el régimen jurídico del dominio público está poniendo de manifiesto disfunciones, que han ocasionado una amplia reflexión y un extenso debate en búsqueda de nuevas soluciones<sup>104</sup>. El concepto tradicional de propiedad deja paso a una noción mucho más funcional y social<sup>105</sup>. Siempre se ha considerado que el desarrollo económico que parece totalmente indispensable en nuestra sociedad moderna descansa sobre las iniciativas de las personas privadas. Sin embargo, ahora se es consciente de que no sólo el juego de la oferta y la demanda en el sector privado debe permitir cubrir las necesidades de la población, sino que es importante que se asegure dicho confort a través de los bienes demaniales.

### **3. EXPANSIÓN Y PRIVATIZACIONES: DOS TENDENCIAS CONTRADICTORIAS QUE AFECTAN A LOS BIENES DEMANIALES**

La evolución de los bienes públicos en el siglo XX ha sido el resultado de la aplicación de criterios diferentes e incluso contradictorios que llegan hasta la actualidad. De una parte, se ha asistido a un proceso incesante de incremento y consolidación de los bienes públicos; de otra parte, en los últimos decenios se ha intentado también la reducción del sector público mediante privatizaciones<sup>106</sup>. Ciertamente, se puede constatar que la actual tendencia a la reducción de la propiedad pública y avance de la propiedad privada se conjuga con el impulso del Derecho público en el seno de los bienes públicos, intentando que muchos de ellos se conviertan en bienes demaniales.

La línea de incremento de los bienes públicos no es un fenómeno reciente, sino fruto de una constante histórica que muestra variantes significativas<sup>107</sup>. Cabe citar entre

---

<sup>104</sup> BARCELONA LLOP, J., «Novedades en el régimen jurídico del dominio público en Francia», *Revista de Administración Pública*, núm. 137, pp. 550 y ss.

<sup>105</sup> PAULIAT, H., «Droit réel et propriété publique: une conciliation délicate, (à propos de la décision núm. 94-346 DC du Conseil constitutionnel du 21 juillet 1994)», *Actualité Législative Dalloz*, núm. 12, 1995, p. 100, explica que nos encontramos ante una evolución del pensamiento constitucional inicial sobre la concepción esencialmente económica de la propiedad. Esta reivindicación no es novedosa, pero ha cambiado notablemente la posición que ocupa ahora el derecho de propiedad dentro de las instituciones sociales.

<sup>106</sup> LÓPEZ RAMÓN, F., *Sistema jurídico de los bienes públicos*, Civitas, Navarra, 2012, p. 33.

<sup>107</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «El proceso de apropiación por el Estado de las vías pecuarias», *Revista de Administración Pública*, núm. 51, 1996, pp. 120 y ss., denunció el desbordante criterio expansivo del dominio público, especialmente como consecuencia de la amplitud del concepto de

otros ejemplos: a) la formación de los patrimonios empresariales de las Administraciones públicas, destacadamente a partir de la creación del Instituto Nacional de Industria en 1941, que determinó un constante crecimiento de las empresas públicas; b) el amplio desarrollo de servicios públicos, como los sanitarios; c) la ampliación de sectores demaniales tradicionales tratando de comprender toda la tipología del recurso natural implicado, como se advierte en la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas<sup>108</sup>; en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas<sup>109</sup>; así como para el demanio hídrico con la

---

servicio público, que permite dar cobijo en la categoría demanial a todo bien público relacionado con cualquier actividad administrativa, aunque también debido a directas declaraciones legales que han determinado un notable e improcedente incremento de los bienes considerados de dominio público.

<sup>108</sup> El apartado primero del art. 2 de esta norma indica: «*Todos los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos existentes en el territorio nacional, mar territorial y plataforma continental, son bienes de dominio público, cuya investigación y aprovechamiento el Estado podrá asumir directamente o ceder en la forma y condiciones que se establecen en la presente Ley y demás disposiciones vigentes en cada caso*».

<sup>109</sup> En el caso de las costas, puede observarse tanto un fenómeno de expansión del dominio público, en virtud de la Ley 22/1998, como de restricción, debido a la modificación de la norma en el año 2013. El art. 3 de la Ley de Costas de 1988 precisaba, en su redacción originaria: «*Son bienes de dominio público marítimo-terrestre estatal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 132.2 de la Constitución: 1. La ribera del mar y de las rías, que incluye: a) La zona marítimo-terrestre o espacio comprendido entre la línea de bajamar escorada o máxima viva equinoccial, y el límite hasta donde alcancen las olas en los mayores temporales conocidos, o cuando lo supere, el de la línea de pleamar máxima viva equinoccial. Esta zona se extiende también por las márgenes de los ríos hasta el sitio donde se haga sensible el efecto de las mareas. Se consideran incluidas en esta zona las marismas, albuferas, marjales, esteros y, en general, las partes de los terrenos bajos que se inundan como consecuencia del flujo y reflujo de las mareas, de las olas o de la filtración del agua del mar. b) Las playas o zonas de depósito de materiales sueltos, tales como arenas, gravas y guijarros, incluyendo escarpes, bermas y dunas, tengan o no vegetación, formadas por la acción del mar o del viento marino u otras causas naturales o artificiales. 2. El mar territorial y las aguas interiores, con su lecho y subsuelo, definidos y regulados por su legislación específica. 3. Los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental, definidos y regulados por su legislación específica*». Seguidamente, el art. 4 continuaba añadiendo que pertenecían al dominio público marítimo-terrestre estatal: «*1. Las accesiones a la ribera del mar por depósito de materiales o por retirada del mar, cualesquiera que sean las causas. 2. Los terrenos ganados al mar como consecuencia directa o indirecta de obras, y los desecados en su ribera. 3. Los terrenos invadidos por el mar que pasen a formar parte de su lecho por cualquier causa. 4. Los acantilados sensiblemente verticales, que estén en contacto con el mar o con espacios de dominio público marítimo-terrestre, hasta su coronación. 5. Los terrenos deslindados como dominio público que por cualquier causa han perdido sus características naturales de playa, acantilado o zona marítimo-terrestre, salvo lo previsto en el artículo 18. 6. Los islotes en aguas interiores y mar territorial. 7. Los terrenos incorporados por los concesionarios para completar la superficie de una concesión de dominio público marítimo-terrestre que les haya sido otorgada, cuando así se establezca en las cláusulas de la concesión. 8. Los terrenos colindantes con la ribera del mar que se adquieran para su incorporación al dominio público marítimo-terrestre. 9. Las obras e instalaciones construidas por el Estado en dicho dominio. 10. Las obras e instalaciones de iluminación de costas y señalización marítima, construidas por el Estado cualquiera que sea su localización, así como los terrenos afectados al servicio de las mismas, salvo lo previsto en el artículo 18. 11. Los puertos e instalaciones portuarias de titularidad estatal, que se regularán por su legislación específica*».

Esta noción amplia de dominio público ha sido modificada en virtud de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, cuyo art. 1 modifica el art. 3, que queda ahora redactado de la siguiente forma: «*Son bienes de dominio*

inclusión de las aguas subterráneas (Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, integrada en el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas) y últimamente para el demanio forestal constituido con los montes catalogados en la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes; y d) la formación de nuevos sectores de bienes públicos dotados de una singular problemática, como el dominio público radioeléctrico establecido por la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (actualmente Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones).

Asimismo, ha de citarse el impulso dado a los bienes públicos y a los correspondientes privilegios y prerrogativas de la Administración a través de las regulaciones generales. El resultado es un importante grado de coincidencia entre las legislaciones autonómicas, que han influido notablemente en la elaboración de la moderna normativa estatal, la cual a su vez ha generado nuevos fenómenos de incidencia en las posteriores regulaciones autonómicas.

Finalmente, hay que destacar la compatibilidad de todos estos procesos de incremento y consolidación de los bienes públicos con tendencias de signo contrario. En el mismo siglo XIX, conforme a las Administraciones públicas aumentaban sus patrimonios, iban culminándose los procesos desamortizadores. Igualmente, a finales del siglo XX, mientras aparecían nuevas modalidades de bienes públicos y se formaban

---

*público marítimo-terrestre estatal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 132.2 de la Constitución: 1. La ribera del mar y de las rías, que incluye: a) La zona marítimo-terrestre o espacio comprendido entre la línea de bajamar escorada o máxima viva equinoccial, y el límite hasta donde alcancen las olas en los mayores temporales conocidos, de acuerdo con los criterios técnicos que se establezcan reglamentariamente, o cuando lo supere, el de la línea de pleamar máxima viva equinoccial. Esta zona se extiende también por las márgenes de los ríos hasta el sitio donde se haga sensible el efecto de las mareas. Se consideran incluidas en esta zona las marismas, albuferas, marjales, esteros y, en general, las partes de los terrenos bajos que se inundan como consecuencia del flujo y reflujo de las mareas, de las olas o de la filtración del agua del mar. No obstante, no pasarán a formar parte del dominio público marítimo-terrestre aquellos terrenos que sean inundados artificial y controladamente, como consecuencia de obras o instalaciones realizadas al efecto, siempre que antes de la inundación no fueran de dominio público. b) Las playas o zonas de depósito de materiales sueltos, tales como arenas, gravas y guijarros, incluyendo escarpes, bermas y dunas, estas últimas se incluirán hasta el límite que resulte necesario para garantizar la estabilidad de la playa y la defensa de la costa. 2. El mar territorial y las aguas interiores, con su lecho y subsuelo, definidos y regulados por su legislación específica. 3. Los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental, definidos y regulados por su legislación específica».*

A pesar de ello, debe señalarse que el Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 8 de octubre de 2013, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 4906-2013, contra el artículo primero, apartado dos, de la Ley.

notables patrimonios empresariales, también se producían importantes procesos privatizadores en el ámbito estatal.

Estas operaciones ofrecen indudables ventajas de orden financiero<sup>110</sup>; ventajas evidentes para el sector público al liberarse de los gastos que supone la gestión, y también para el sector privado, puesto que las entidades gestoras privadas tienen un más fácil acceso a los mercados financieros. Sin embargo, también pueden plantearse problemas derivados de la atención preferente que estas entidades privadas pueden dispensar a sus inversiones, a la búsqueda de rentabilidad y el cumplimiento de los compromisos que tuvieran ante sus accionistas, en posible detrimento de los intereses públicos que siempre convergen en estos casos<sup>111</sup>.

#### **4. EL SISTEMA SINGULAR DE PROTECCIÓN DE LOS BIENES DEMANIALES**

##### **4.1. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FACULTADES Y PRERROGATIVAS PARA LA PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LOS PATRIMONIOS PÚBLICOS**

###### **4.1.1. Existencia de un “núcleo duro” aplicable por igual a los bienes demaniales y patrimoniales**

La valorización debe aplicarse con cautela y no de igual forma sobre todos los bienes, ya que a pesar de que sea cierto que los bienes de dominio público ocupan un lugar preeminente, ocasionando un efecto expansivo del régimen demanial sobre las demás formas de propiedad pública, sin que siempre existan motivos que lo justifiquen<sup>112</sup>, también lo es que estos bienes cumplen una finalidad pública que debe

---

<sup>110</sup> GARCÍA-MONCÓ, A.M., «A propósito del régimen jurídico-financiero del patrimonio de las Administraciones públicas», MESTRE DELGADO, J.F. (dir.), *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2004, p. 199, «Evidentemente el ingreso dinerario procedente de la privatización (...), es un ingreso patrimonial, pero no se puede desconocer que dicho ingreso ha servido para la reducción del déficit público entre otros motivos por el mandato expreso de la Unión Europea de destinar los ingresos extraordinarios a dicho fin, como consecuencia del protocolo aprobado en el Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo».

<sup>111</sup> ESTEVE PARDO, J., *Régimen jurídico de los aeropuertos. Servicio público y explotación comercial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 56 y 57.

<sup>112</sup> Señala LÓPEZ RAMÓN, F., *Sistema jurídico de los bienes públicos...*, op. cit., p. 33, que «La línea de incremento de los bienes públicos es una constante histórica que muestra variantes significativas dotadas de su propia dinámica. Cabría recordar, entre otros fenómenos: a) la formación de patrimonios empresariales de las Administraciones Públicas; b) el amplio desarrollo de servicios públicos; c) la ampliación de sectores demaniales tradicionales y d) la formación de nuevos sectores de bienes públicos

ser bajo toda circunstancia respetada. Habrá que indagar en cada supuesto si la sumisión de unos bienes al régimen demanial es o no necesaria, puesto que la propiedad ordinaria está ya suficientemente protegida, y es probable que las Administraciones puedan ejercer normalmente su papel de propietarias, sin prerrogativas adicionales excepcionales.

Cuando los bienes y derechos adquieren la condición de demaniales, pasan también a ser objeto de una importante consecuencia jurídica: quedan sometidos a un régimen específico, propio de los bienes de dicha naturaleza, pero también los bienes patrimoniales están rodeados de una serie de garantías, que los alejan del régimen ordinario de protección.

Las consecuencias de la demanialidad no acaban con el señalamiento de los elementos que la identifican, sino que, precisamente, por el destino público al que están dirigidos, el ordenamiento jurídico define una serie de medidas para procurar su tutela y defensa<sup>113</sup>. Al respecto, el art. 28 de la LPAP indica: *«Las Administraciones públicas están obligadas a proteger y defender su patrimonio. A tal fin, protegerán adecuadamente los bienes y derechos que lo integran, procurarán su inscripción registral, y ejercerán las potestades administrativas y acciones judiciales que sean procedentes para ello»*.

Efectivamente, un punto destacado del régimen particular del demanio<sup>114</sup> es el establecimiento para él, por parte del ordenamiento jurídico, de un conjunto de previsiones directamente destinadas a su protección. Estas medidas consisten en el

---

*dotados de una singular problemática. Al mismo tiempo ha de recordarse el impulso dado a los bienes públicos y a los correspondientes privilegios y prerrogativas de la Administración a través de las regulaciones generales»*. También en este sentido, GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo, vol. II*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 496, afirma: *«En el estado actual, nadie discute que la afectación a un servicio público pueda ser en sí misma criterio bastante para la calificación de un bien de dominio público. El peligro de este criterio está en la excesiva extensión que el concepto de dominio público puede entonces adquirir; pues como ha observado DE LAUBADÈRE, el modesto tintero que utiliza el empleado de un Ayuntamiento puede convertirse así en bien de dominio público»*.

<sup>113</sup> Explica VILLAR PALASÍ, J.L., «Naturaleza y regulación de la concesión minera»..., *op. cit.*, que con la demanialización, con la afectación de bienes a una finalidad de interés general, se buscaba construir sobre ella un título de intervención, no pretende la Administración conquistar propiedades sino potestades.

<sup>114</sup> La cuestión de las potestades y prerrogativas de defensa y protección de los bienes públicos probablemente sea una de las más complejas y problemáticas desde el punto de vista de su aplicación práctica, pues en torno a su ejercicio se concentra gran parte de la conflictividad entre los ciudadanos y la Administración que deriva de la gestión patrimonial. Por consiguiente, serían muchas y variadas los aspectos que podrían tratarse desde estas líneas.

reconocimiento de una serie de caracteres que les son propios, en la fijación a su favor de un elenco de prerrogativas exorbitantes<sup>115</sup>, y en la determinación de una tipología de infracciones y sanciones para los casos de incumplimiento del deber de protección. No obstante, debe aclararse que la existencia de reglas de Derecho administrativo no es exclusiva de los bienes demaniales, sino que algunas también afectan a los bienes patrimoniales. De hecho, varias de ellas son aplicables a los bienes, con independencia de su carácter demanial o patrimonial, demostrando que en nuestro Derecho todos los bienes de la Administración están sujetos a un régimen jurídico básico, pleno de exorbitancias y privilegios, derogatorio del régimen de protección civilístico de la propiedad. Por ello, puede decirse que el carácter demanial o patrimonial de los bienes orienta un régimen jurídico hacia dentro o fuera del comercio, pero que, a pesar de ello, también los bienes patrimoniales tienen un núcleo duro de protección.

La evolución normativa sobre bienes públicos ha llevado a una creciente equiparación de las técnicas de protección entre bienes demaniales y patrimoniales. En concreto, son sustancialmente iguales todas las técnicas de garantía de identidad de los bienes (régimen de inventario, inmatriculación y deslinde), así como las facultades de policía para su protección<sup>116</sup>.

Todo ello demuestra que el régimen jurídico básico de los bienes públicos, pleno de exorbitancias, se aplica a todos los bienes, con independencia de su caracterización como demaniales o patrimoniales, sin perjuicio de que exista un *plus* del que disfrutaban únicamente los bienes de dominio público. Ese núcleo duro que debe garantizarse no impide que al resto de bienes, que no sean demaniales, no se les pueda asegurar un régimen que otorgue más flexibilidad, para adaptar mejor su gestión al interés general<sup>117</sup>.

---

<sup>115</sup> El régimen especial de los bienes y derechos de dominio público está integrado, de una parte, por el sistema protector regido por la inenajenabilidad, traducido en las reglas de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. De otra parte, por las formas de utilización. Los privilegios de defensa otorgados para garantizar dicha inenajenabilidad son: a) la facultad de investigación, que permite determinar la titularidad de los bienes y derechos; b) la potestad de deslinde, para precisar los límites de los bienes inmuebles; c) la potestad de recuperación en cualquier tiempo de la posesión indebidamente perdida y d) la potestad de desahucio, que autoriza la recuperación administrativa de la posesión de los bienes demaniales, tras la extinción del título que legitimaba la utilización.

<sup>116</sup> PAREJO ALFONSO, L., «El régimen jurídico-legal de los bienes públicos», PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.), *Derecho de los bienes públicos*, vol. I..., *op. cit.*, p. 169, indica que en este contexto ayuda la escala de la demanialidad, en tanto que relativiza la categoría demanial al poner de relieve que en su seno conviven bienes a los que se aplica un grado diverso del régimen ideal de bienes demaniales.

<sup>117</sup> Véase CHINCHILLA MARÍN, C., *Bienes patrimoniales del Estado...*, *op. cit.*

Las normas comunes se refieren fundamentalmente a la regulación de los órganos competentes para la gestión de bienes y derechos, su identificación y control a través de registros o inventarios, así como ciertos aspectos competenciales y procedimentales relativos a la adquisición, gravamen y transmisión<sup>118</sup>. Junto a ello, el régimen comprende las facultades de investigación, deslinde, la recuperación posesoria de oficio y el desahucio administrativo, que vienen reconocidos en el art. 41.1 de la LPAP<sup>119</sup>.

En otros términos, las prerrogativas y privilegios, limitados al ámbito demanial se señalan en el art. 41.1 de la LPAP e implican el reconocimiento a los titulares de los bienes de las facultades de recuperación de oficio, desahucio administrativo, investigación y deslinde. A ellas hay que sumar la tutela adicional que se deriva de la inscripción de los bienes y derechos demaniales en el Registro de la Propiedad (art. 28 de la LPAP).

Ciertamente, la posibilidad de que los bienes demaniales accedan al Registro de la Propiedad queda fuera de duda a tenor de lo dispuesto en los arts. 36.1 y 83.1 de la LPAP, que establecen la obligación de inscripción registral de los mismos. La norma encomienda, además, a los registradores la labor de promoción de dichas inscripciones, al punto de imponerles el deber de comunicar a los órganos encargados de la administración de bienes o derechos no inscritos sus obligaciones en este sentido (art. 39 de la LPAP).

No obstante, debe matizarse que el régimen superprotegido del que se beneficia el dominio público no es en todos los casos el establecido para este tipo de bienes en la

---

<sup>118</sup> PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Derecho Administrativo*, vol. III. *Bienes públicos. Derecho Urbanístico...*, op. cit., pp. 14 y ss.

<sup>119</sup> CARRILLO DONAIRE, J.A., «Facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos. La investigación. El deslinde», CHINCHILLA MARÍN, C. (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio...*, op. cit., pp. 335 y ss., explica: «De este modo, el régimen básico aplicable a los bienes públicos presenta una doble faz: de un lado, se compone de limitaciones para la Administración en orden a la adquisición y administración de sus bienes y derechos; de otro lado, integra prerrogativas para la defensa y protección de tales bienes y derechos. Pero lo que interesa destacar es que este régimen básico conforma un núcleo duro de régimen jurídico-administrativo plenamente aplicable a los bienes patrimoniales que, de hecho, explica el sistema de fuentes aplicable a esta clase de bienes públicos que actualmente recoge el art. 7.3 de la LPAP con el siguiente tenor: “El régimen de adquisición, administración, defensa y enajenación de los bienes y derechos patrimoniales será el previsto en esta ley y en las disposiciones que la desarrollen o complementen. Supletoriamente, se aplicarán las normas del derecho administrativo, en todas las cuestiones relativas a la competencia para adoptar los correspondientes actos y al procedimiento que ha de seguirse para ello, y las normas del Derecho privado en lo que afecte a los restantes aspectos de su régimen jurídico”».



LPAP, pues muchos bienes y derechos demaniales gozan de un régimen específico establecido por leyes y disposiciones especiales (aguas, costas, etc.), que, como precisa el art. 5.4 de la LPAP, son de aplicación preferente.

En todo caso, debe resaltarse el meritorio esfuerzo codificador que hace la LPAP, definiendo un marco básico que sirva de referencia a todas las Administraciones públicas. En consecuencia con esta concepción unitaria, las facultades y prerrogativas para la defensa de los bienes públicos se predicán conjuntamente para todos los “patrimonios públicos”.

Finalmente, ha de indicarse que la legislación básica de régimen local establece ciertas particularidades en materia de defensa y protección de los bienes y derechos de las Entidades locales, en el art. 4.1 de la LBRL, que son desarrolladas por los arts. 44 y siguientes del RBEL.

#### **4.1.2. Aspectos comunes al ejercicio de las prerrogativas de defensa y protección de los bienes públicos**

Es posible identificar tres aspectos comunes que tienen un carácter preliminar, desde el punto de vista de la regulación jurídica y de la técnica legislativa, a la regulación concreta de las potestades de defensa y protección de los bienes públicos: los aspectos formales de competencia y procedimiento en el ejercicio de estas potestades, primero; la posible adopción de medidas cautelares antes de la decisión administrativa, segundo; y la cuestión del control judicial, en tercer lugar.

Sobre esta última cuestión nada hay que decir desde el plano autonómico, ya que la competencia judicial para conocer de las cuestiones que deriven de la puesta en práctica de estas potestades y prerrogativas corresponde al Estado, que, por lo demás se ha limitado a recoger la dualidad jurisdiccional tradicional en la materia (arts. 41.2 y 43 de la LPAP).

Respecto a la competencia para acordar la puesta en práctica de estas potestades y al procedimiento a seguir, la competencia autonómica es plena. En este sentido, cabría apuntar la conveniencia de plasmar en este ámbito el principio de desconcentración con la mayor cautela. Sabido es que la iniciación y la resolución de los expedientes en materia de potestades de defensa y protección de los bienes públicos han correspondido tradicionalmente a los órganos centrales de Hacienda y Patrimonio. Pese a la innegable conveniencia de mantener desconcentrada la llevanza e instrucción de dichos

expedientes, sería mucho más delicado y problemático desconcentrar los acuerdos de incoación y, tanto más, de resolución de los mismos. La propia LPAP es consciente de ello, por lo que sigue reservando las potestades más importantes a la Dirección General de Patrimonio y al Ministerio de Hacienda, en lo que parece ser una clara toma de postura en aras a la unificación de criterios (o de “estrategias” públicas) en el ejercicio de estas potestades, que parece del todo justificado.

No obstante, esta situación contrasta con el reconocimiento de la amplia autonomía decisional a los organismos públicos respecto de los bienes demaniales que tienen adscritos.

En relación con la cuestión de las medidas cautelares que pueden acordarse en el transcurso de estos procedimientos o, incluso, con carácter previo a su iniciación, la regulación que hace el art. 42 de la LPAP de esta materia es ciertamente escasa e insatisfactoria.

#### **4.2. LA POTESTAD DE INVESTIGACIÓN**

La potestad de investigación alude a la facultad de la Administración para iniciar una investigación dirigida a determinar si un bien específico es o no de su propiedad cuando existen dudas sobre la misma. Así, según establece el art. 45 de la LPAP: «*Las Administraciones públicas tienen la facultad de investigar la situación de los bienes y derechos que presumiblemente formen parte de su patrimonio, a fin de determinar la titularidad de los mismos cuando ésta no les conste de modo cierto*».

Por ello, se configura más que como una potestad genérica que puede proyectarse sobre cualquier bien de titularidad indeterminada, como una de ámbito más restringido, que deriva de una presunción de dominio. Quiere decirse que no es tanto una potestad administrativa como una facultad de Derecho común, cuyo ejercicio se plasma, por la posición subjetiva de la Administración, en un expediente administrativo contradictorio iniciado de oficio, a iniciativa propia o en virtud de una previa denuncia de particulares, por la Dirección General del Patrimonio del Estado<sup>120</sup>.

De acuerdo con los arts. 54 y siguientes del Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de

---

<sup>120</sup> PAREJO ALFONSO, L., «El régimen jurídico-legal de los bienes públicos», PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.), *Derecho de los bienes públicos, vol. I...*, op. cit., p. 169.

noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante RGAP), la acción investigadora ha de dirigirse bien a acreditar que un inmueble carece de dueño y, por tanto, pertenece a la Administración General del Estado, bien a constatar o acreditar que un bien o un derecho pertenece a dicha Administración o a organismos públicos dependientes de ella, cuando no conste su situación de modo cierto. En consecuencia, si el presupuesto de hecho de la actividad investigadora viene constituido, de un lado, por la indeterminación subjetiva de la titularidad del bien y, de otro, por la presunción de la titularidad administrativa, el resultado dará lugar a la determinación subjetiva de dicha titularidad, y no simplemente a una declaración posesoria o de tenencia efectiva.

Debe precisarse la relación existente entre el deslinde administrativo y la acción reivindicatoria. Como ha puesto de manifiesto la doctrina civilista, la acción reivindicatoria es una «*acción petitoria, en contraposición a las declarativas, por la que se suplica la restitución de la cosa de quién no es su titular (...). A diferencia de las acciones declarativas que se desenvuelven en un plano estrictamente jurídico de calificación de títulos y declaración de derechos, la acción reivindicatoria pretende facilitar su ejercicio mediante la recuperación material de su objeto*»<sup>121</sup>. Por el contrario, el deslinde administrativo, ya sea practicado en un bien demanial o patrimonial, tiene, como función primordial, la determinación por parte de la Administración de la extensión de los bienes inmuebles cuya titularidad le corresponde mediante el procedimiento administrativo oportuno.

De esta tradicional diferenciación entre una y otra acción puede desprenderse la primera delimitación negativa del deslinde y que constituye su principal límite<sup>122</sup>: con él la Administración no puede pretender obtener reivindicaciones encubiertas. Tanto para la legislación como para la jurisprudencia una cosa es deslindar y otra bien distinta reivindicar.

El mejor criterio distintivo no se encuentra tanto en el resultado final como en los derechos en controversia, pues mientras en el deslinde existe una contienda sobre límites de fundos, la reivindicación se fundamenta en un conflicto de derechos, y mientras que en la acción reivindicatoria se demanda una cosa cierta y determinada, en

---

<sup>121</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., *Acción reivindicatoria, titularidad dominical y prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 23 y 24.

<sup>122</sup> GALLARDO CASTILLO, M.J., *El Derecho de bienes de las Entidades Locales*, La Ley, Madrid, 2007, p. 360.

el deslinde se reclama la fijación de señales que determinen una propiedad indeterminada, deshaciendo la confusión con la que es colindante<sup>123</sup>.

### 4.3. LA POTESTAD DE DESLINDE

#### 4.3.1. Regulación jurídica

A diferencia de la investigación, el deslinde sí es claramente, como señala el art. 50 de la LPAP, una potestad que legitima a la Administración para: «*deslindar los bienes inmuebles de su patrimonio de otros pertenecientes a terceros cuando los límites entre ellos sean imprecisos o existan indicios de usurpación*».

La facultad de deslindar o fijar con certeza los límites físicos de la propiedad respecto de las fincas colindantes pertenece a todo propietario, por definición, conforme al art. 384 del C.c.<sup>124</sup>. Pero en el supuesto de que los propietarios colindantes discrepen, sin posibilidad de acuerdo, sobre los límites de su propiedad, el asunto se hace contencioso, y el deslinde únicamente podrá practicarse en virtud de un juicio declarativo<sup>125</sup>.

Este régimen civilístico no es aplicable a la Administración, la cual, en ejercicio de sus poderes de autotutela, puede llevar a efecto el deslinde de sus bienes inmuebles (tanto de dominio público como patrimoniales), en virtud de un procedimiento administrativo y de la resolución que le pone fin. Así lo establece hoy con carácter

---

<sup>123</sup> MENDOZA OLIVÁN, V., *El deslinde administrativo*, Tecnos, Madrid, 1968, p. 40.

<sup>124</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. (dir.), *Elementos de Derecho Civil*, vol. 1º, Bosch, Barcelona, 1984, p. 90, define el deslinde como el trazado, sobre el propio terreno o sobre un plano desde el cual puedan trasladarse sin discusión a la superficie, los límites, hasta entonces dudosos y discutidos, entre dos o varias fincas, es decir, tiene como fin determinar los límites confusos e inciertos. Distinto del deslinde es el amojonamiento recogido en el art. 338 del C.c., según el cual «*todo propietario podrá cerrar o cercar sus heredades por medio de paredes, zanjias, setos vivos o muertos, o de cualquiera otro modo, sin perjuicio de las servidumbres constituidas sobre las mismas*».

<sup>125</sup> RIVERO YSERN, E., «Concepto, naturaleza jurídica y elementos del deslinde administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 52, 1967, p. 212, afirma: «*En Derecho privado se realiza en acto de jurisdicción voluntaria se paraliza ante la oposición formulada por alguno de los interesados, acudiéndose entonces al juicio declarativo correspondiente. Lo que interesa destacar es la situación de igualdad de las partes que se someten a un órgano dirimentemente imparcial. Esta situación cambia cuando el deslinde se lleva a cabo por la Administración, que al delimitar unilateral y privilegiadamente sus bienes, se convierte en juez y parte del deslinde efectuado, rompiendo así la igualdad en la relación entablada con los particulares. Esto no sólo ocurre en el procedimiento de deslinde que transcurre por sus cauces normales, sin oposición del administrado, sino, y éstos son los casos más frecuentes, cuando el particular manifiesta su disconformidad con las operaciones que se están practicando y que afectan a sus derechos. Es en este momento especialmente cuando la Administración se convierte en juez y parte con más fuerza*».

general el art. 50.1 de la LPAP, al disponer: «*Las Administraciones públicas podrán deslindar los bienes inmuebles de su patrimonio de otros pertenecientes a terceros cuando los límites entre ellos sean imprecisos o existan indicios de usurpación*».

El procedimiento de deslinde administrativo se dirige así a practicar las operaciones técnicas de comprobación o, en su caso, de rectificación de situaciones jurídicas acreditadas en relación a bienes inmuebles de titularidad pública; operaciones que tienen por objeto delimitar los linderos de las fincas y declarar provisionalmente la posesión de las mismas<sup>126</sup>.

Como se puede observar, la LPAP, en el citado art. 50.1, condiciona el ejercicio de esta potestad a un doble presupuesto de hecho: que los límites de las propiedades a deslindar sean imprecisos o existan indicios de usurpación. No se trata de un requisito alternativo, sino que la confusión de linderos es un presupuesto inexcusable para el ejercicio de la acción de deslinde, con independencia de que haya o no indicios de usurpación.

#### **4.3.2. Antecedentes históricos**

Las leyes administrativas especiales sancionan repetidamente esta facultad, por ejemplo, en relación con la zona marítimo-terrestre y las playas<sup>127</sup>, las vías pecuarias<sup>128</sup>, las aguas públicas<sup>129</sup> e incluso los montes públicos<sup>130</sup>. Sin embargo, la primera

---

<sup>126</sup> Así lo menciona la Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de noviembre de 1982, -RJ 1982/7357-.

<sup>127</sup> Los arts. 13 y ss. de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, se ocupan del deslinde costero, previendo que su práctica declara la posesión y la titularidad dominical a favor del Estado, dando lugar al amojonamiento y sin que las inscripciones del Registro de la Propiedad puedan prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados.

<sup>128</sup> El apartado tercero del art. 8 de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías pecuarias, sostiene que: «*El deslinde aprobado declara la posesión y la titularidad demanial a favor de la Comunidad Autónoma dando lugar al amojonamiento y sin que las inscripciones del Registro de la Propiedad puedan prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados*».

<sup>129</sup> En el caso de las aguas, es el art. 95 del Real Decreto Legislativo 1/2000, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas, el que se refiere al apeo y deslinde de los cauces de dominio público, indicando que los mismos corresponden a la Administración del Estado y que serán efectuados por los Organismos de Cuenca. En cuanto a sus efectos, «*declaran la posesión y la titularidad dominical a favor del Estado, dando lugar al amojonamiento*». Además, «*La resolución de aprobación del deslinde será título suficiente para rectificar las inscripciones del Registro de la Propiedad contradictorias con el mismo, en la forma y condiciones que se determinen reglamentariamente, siempre que haya intervenido en el expediente el titular registral, conforme a la legislación hipotecaria. Dicha resolución será título suficiente, asimismo, para que la Administración proceda a la inmatriculación de los bienes de dominio público cuando lo estime conveniente. En todo caso los titulares de los derechos inscritos afectados podrán ejercitar las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos, siendo susceptible de anotación preventiva la correspondiente reclamación judicial*».

regulación del deslinde administrativo se debe a la legislación de montes<sup>131</sup>, de donde pasaría a otros ámbitos sectoriales.

La Ordenanza de Montes de 1833 estableció un procedimiento gubernativo para deslindar los montes «*confinantes con pertenencias de realengos, de propios, comunes o establecimientos públicos*», a cargo de un Comisario designado por la Dirección de Montes, cuya función delimitadora abocaba, en caso de conflicto, con los colindantes, a la vía jurisdiccional ordinaria. Esta previsión suscitó una polémica sobre el alcance de la potestad administrativa de deslinde en relación a la competencia declarativa de los Tribunales en materia de derechos reales<sup>132</sup>, que fue dirimida por la Real Orden de 23 de julio de 1842, por la que se atribuyó competencia para efectuar el deslinde al Juez de Primera Instancia. La polémica volvió a suscitarse con el surgimiento de los primeros órganos especializados en la resolución de controversias con la Administración<sup>133</sup>. Así, la Ley de 2 de abril de 1845, que instauró los Consejos Provinciales como órganos de resolución de los asuntos gubernativos cuando éstos se hicieran contenciosos, atribuyó a dichos Consejos el conocimiento de las cuestiones relativas al amojonamiento de los montes del Estado, de los pueblos o de los establecimientos públicos, reservando las cuestiones sobre propiedad a los Tribunales ordinarios, pero sin aclarar a quién correspondía efectuar el deslinde. La controversia se zanjó por el Decreto de 1 de abril de 1846 -obra de Javier de Burgos- que dispuso que la competencia para deslindar los montes de propiedad pública, correspondería al jefe político de la Provincia. Esta medida fue confirmada por la Real Orden de 15 de marzo de 1860 que atribuyó dicha competencia a los Gobernadores de la Provincia, a los que correspondía también resolver las reclamaciones que los particulares podían interponer contra las mismas ante el Consejo Provincial, sin perjuicio de la competencia de los Jueces de Primera Instancia para conocer de las cuestiones de propiedad.

---

<sup>130</sup> El art. 21 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, que lleva por rúbrica «Deslinde de montes de titularidad pública» es el que se encarga de la cuestión y dispone, en el apartado sexto: «*El deslinde aprobado y firme supone la delimitación del monte y declara con carácter definitivo su estado posesorio, a reserva de lo que pudiera resultar de un juicio declarativo de propiedad*».

<sup>131</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Deslinde de montes», *Anuario de Derecho Civil*, XII, III, 1959.

<sup>132</sup> HORGUÉ BAENA, C., *El deslinde de costas*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 108 y ss.

<sup>133</sup> CARRILLO DONAIRE, J.A., «Facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos. La investigación. El deslinde», CHINCHILLA MARÍN, C. (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio...*, op. cit., pp. 334 y ss.

Se comprueba aquí el origen de la dualidad jurisdiccional que actualmente sigue determinando el conocimiento de las controversias que se susciten en el ejercicio de las potestades de protección y defensa de los patrimonios públicos<sup>134</sup>: el conocimiento de las cuestiones administrativas relativas al procedimiento o a la competencia corresponde al orden contencioso-administrativo, sin perjuicio de que quienes se consideren perjudicados por dichos actos en su derecho de propiedad, u otros de naturaleza civil, ejerzan las acciones pertinentes ante la jurisdicción ordinaria<sup>135</sup>.

En relación con el deslinde de montes, esta dualidad fue consagrada definitivamente por la Ley de Montes, de 24 de mayo de 1863 y, especialmente, por el Reglamento de Montes, de 17 de mayo de 1865, en sus arts. 36 y 40, el cual, junto al procedimiento gubernativo y la competencia contenciosa de los Consejos Provinciales, sentaba la competencia jurisdiccional «sobre las cuestiones de Derecho civil», respetándose las situaciones de «posesión de aquellos terrenos considerados de propiedad particular que hubieran quedado dentro de los límites señalados al monte público deslindado, mientras los Tribunales de Justicia no declaren por Sentencia firme el derecho de propiedad».

#### **4.3.3. Los efectos del deslinde**

El ejercicio de esta potestad unilateral de deslinde supone limitaciones muy relevantes a la tutela judicial de los particulares colindantes, pues iniciado el procedimiento administrativo de deslinde y mientras dura su tramitación no puede instarse procedimiento judicial con igual pretensión. Así lo señala el art. 50.2 de la LPAP cuando sostiene: «Una vez iniciado el procedimiento administrativo de deslinde, y mientras dure su tramitación, no podrá instarse procedimiento judicial con igual pretensión». Únicamente una vez que haya finalizado el procedimiento y haya sido declarado el deslinde, éste podrá ser objeto de acciones judiciales: ante la jurisdicción civil, mediante el oportuno juicio declarativo, con objeto de resolver el fondo, la corrección del deslinde efectuado y la declaración de los límites exactos de las propiedades; y ante la jurisdicción contencioso-administrativa para impugnar todos los restantes vicios cometidos en la práctica del deslinde.

---

<sup>134</sup> BERMEJO VERA, J., «El enjuiciamiento jurisdiccional de la Administración en relación con los bienes demaniales», *Revista de Administración Pública*, núm. 83, 1977, pp. 189 y ss.

<sup>135</sup> NIETO GARCÍA, A., «La vía jurisdiccional en materia de deslindes y montes catalogados y otras cuestiones forestales en la moderna jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Administración Pública*, núm. 86, 1978.

Los efectos del ejercicio de esta potestad son de alcance limitado. Como ha afirmado reiteradamente la jurisprudencia, el deslinde no sustituye a la acción reivindicatoria ni declara la propiedad del inmueble; sólo declara y constituye la posesión de la Administración sobre los bienes deslindados, regla que sólo cede ante disposición legal en contrario. Por tanto, declara con carácter definitivo un estado posesorio, a reserva de lo que resulte del juicio declarativo ordinario de propiedad. Esto determina la peculiar situación, desde el punto de vista de la defensa de sus derechos, en que se encuentran los particulares respecto de estos actos administrativos: podrán interponer recurso contencioso-administrativo si se apreciaren infracciones de procedimiento o promover acción ante la jurisdicción ordinaria si se produjese lesión de los derechos de propiedad.

Hay que subrayar que la concepción tradicional sobre los efectos de los deslindes administrativos sufrió una radical transformación con lo dispuesto en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, cuyo art. 13, en su apartado primero, afirma: *«El deslinde aprobado (...) declara la posesión y la titularidad dominical a favor del Estado, dando lugar al amojonamiento y sin que las inscripciones del Registro de la Propiedad puedan prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados»*. Se observa así con ella la ampliación de efectos jurídicos que se concede al deslinde, reconociéndose, con su práctica, no sólo la posesión, sino incluso la titularidad demanial, que quedan establecidas a favor del Estado. Y, sobre todo, estos efectos prevalecen sobre las inscripciones a favor de particulares que figuren en el Registro de la Propiedad. Ampliando aún más los efectos, el apartado segundo del art. 13 continúa precisando: *«La resolución de aprobación de deslinde será título suficiente para situaciones jurídicas registrales contradictorias con el deslinde. Dicha resolución será título suficiente asimismo para que la Administración proceda a la inmatriculación de los bienes de dominio público cuando lo estime conveniente. En todo caso los titulares inscritos afectados podrán ejercitar las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos, siendo susceptibles de anotación preventiva la correspondiente reclamación judicial»*.

Las acciones civiles no se niegan al particular que se considere desprovisto de su titularidad dominical, pero sí señala respecto a ellas, en el art. 14, que *«Las acciones civiles sobre derechos relativos a terrenos incluidos en el dominio público deslindado prescriben a los cinco años, computados a partir de la fecha de la aprobación del deslinde»* y, en el art. 10.3, que *«No se admitirán interdictos contra las*



*resoluciones dictadas por la Administración del Estado en ejercicio de las competencias configuradas en la presente Ley y de acuerdo con el procedimiento establecido».*

#### **4.4. RECUPERACIÓN POSESORIA**

El denominado interdicto propio es un privilegio que permite a las Administraciones públicas recobrar por sí mismas la posesión de sus bienes usurpados. Fue reconocido primero por la jurisprudencia y posteriormente por la Real Orden, de 10 de mayo de 1884, donde se ofrecía el siguiente fundamento y alcance de la potestad:

*«Es un principio general de Derecho, consignado en la Constitución del Estado y aplicado constantemente por los tribunales, que nadie puede ser privado de la posesión en que se halle sin ser oído y vencido en juicio... Por excepción, una constante jurisprudencia fundada en razones de interés común concede a la Administración del Estado la facultad de recobrar por sí misma la posesión de sus bienes, con tal que la usurpación sea reciente o de fácil comprobación... Semejante facultad... sólo debe durar hasta que la usurpación alcance por el lapso del tiempo una sanción legal... y ese límite es el de un año con arreglo a lo que dispone el artículo 1653 de la Ley de Enjuiciamiento Civil... porque pasado el año ha ganado el usurpador legalmente la posesión interina y no puede ser privado de ella, sino mediante la acción oportuna y en el juicio correspondiente...».*

Así, puede observarse que el privilegio administrativo para la recuperación de todo tipo de bienes públicos quedó condicionado a su ejercicio en el mismo plazo (un año) disponible por los particulares para la defensa de su posesión por medio de interdictos. Sin embargo, el Consejo de Estado, en su Dictamen de 14 de diciembre de 1949, vino a alterar el planteamiento anterior al introducir una importante diferencia en el plazo aplicable en función de la categoría del bien público objeto del reintegro posesorio. Tratándose de bienes patrimoniales se entendía que la Administración se limitaba a ejercer el *ius possessionis*, es decir, su derecho a seguir poseyendo el bien usurpado de manera equivalente al particular que emplea un interdicto y, en consecuencia, con sujeción al mismo plazo.

En cambio, cuando la recuperación se refería a un bien demanial excluido de toda usucapión por su carácter imprescriptible, la Administración estaba ejerciendo realmente su *ius possidendi*, esto es, su derecho exclusivo a poseer el bien, razón que le

permitía hacerlo sin límite temporal.

Quiere decirse que en función de la naturaleza de los bienes, el plazo de ejercicio de la prerrogativa también varía. Según el art. 55 de la LPAP, si los bienes y derechos son demaniales, la potestad de recuperación puede ejercitarse en cualquier momento. En cambio, si son patrimoniales, la recuperación de la posesión en vía administrativa debe realizarse en el plazo de un año, contado desde el día siguiente al de la usurpación del bien. Pasado dicho plazo, la recuperación de la posesión requiere el ejercicio de las acciones correspondientes ante los órganos del orden jurisdiccional civil. En otros términos, cuando se trate de la recuperación de bienes patrimoniales, si hubiera transcurrido ya un año desde la usurpación, procede el traslado de las actuaciones para el ejercicio de las acciones judiciales pertinentes. El apartado tercero del art. 55 de la LPAP es el encargado de precisar esta particularidad afirmando: *«Si se trata de bienes y derechos patrimoniales la recuperación de la posesión en vía administrativa requiere que la iniciación del procedimiento haya sido notificada antes de que transcurra el plazo de un año, contado desde el día siguiente al de la usurpación. Pasado dicho plazo, para recuperar la posesión de estos bienes deberán ejercitarse las acciones correspondientes ante los órganos del orden jurisdiccional civil»*.

El presupuesto de hecho de la potestad administrativa de recuperación es la «posesión indebidamente perdida» de un bien o derecho de la Administración, como se establece en el art. 55.1 de la LPAP o más exactamente en el art. 56 a), al regular el correspondiente procedimiento de usurpación posesoria, el despojo de la posesión. Por ello, tras una reiterada jurisprudencia, puede indicarse que el interdicto propio viene subordinado a la existencia de una prueba completa y acabada por la que se demuestre: en primer lugar, la posesión administrativa<sup>136</sup>, es decir, el uso público del bien o derecho cuestionado, sin perjuicio de su verdadera naturaleza dominical; aunque si se demuestra que los bienes usurpados son de dominio de la Administración, se presupone su derecho a la recuperación posesoria del bien o derecho patrimonial<sup>137</sup>. En segundo lugar, es preciso demostrar que el uso público del bien o derecho patrimonial ha sido perturbado

---

<sup>136</sup> AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., «La recuperación de la posesión de los bienes y derechos del patrimonio. El desahucio administrativo», CHINCHILLA MARÍN, C. (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio...*, op. cit., pp. 372 y ss.

<sup>137</sup> Precisa la Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de marzo de 2004, -RJ 2004/86116-, que teniendo en cuenta que se trata de una prerrogativa provisoria orientada a la defensa de la posesión, se admite que basta con la constancia demanial del bien que la propia Administración pretende recuperar, sin que aquélla tenga que acreditar además la efectividad de una posesión pública del bien.

por la persona física o jurídica contra quien se dirige la acción administrativa. Como en cualquier interdicto, debe concurrir la perturbación de la posesión por parte de terceras personas, que legitimen la posterior recuperación posesoria.

En consecuencia, tratándose de bienes patrimoniales, no se dará el presupuesto de hecho para la recuperación posesoria, cuando quien ocupa el bien lo haga legítimamente al amparo del Derecho civil, como sucede: a) si dispone de un título inscrito el Registro de la Propiedad, que conlleva la presunción posesoria, (art. 35 de la LH); b) si acredita un título derivado de un poseedor legítimo (art. 460.2 del C.c.), incluso de la propia Administración por vía de autorización; o c) también cuando se haya mantenido de hecho en el estado posesorio por plazo superior a un año (art. 460.4 del C.c.). En cambio, para los bienes de dominio público no cabe ninguna posesión con fundamento civil puesto que tales bienes están a todos los efectos «*fuera del comercio*» (art. 460.3 del C.c.); sólo cabría considerar que la posesión es legítima cuando derive de un título administrativo de uso del bien demanial (una autorización o una concesión).

#### 4.5. LA RECUPERACIÓN DE OFICIO

Tradicionalmente, nuestra legislación y jurisprudencia han admitido que la efectividad del *ius possessionis* compete a la propia Administración en relación con sus bienes y con la misma amplitud que el interdicto de recobrar que pueden utilizar los particulares. Esto supone que el reintegro posesorio de oficio alcanza a los bienes patrimoniales, pero limitado por el mismo plazo de un año que pesa sobre el interdicto. Ahora bien, tal limitación temporal no tiene eficacia cuando se trata de bienes de dominio público. Así lo señala el apartado segundo del art. 55 de la LPAP cuando declara: «*Si los bienes y derechos cuya posesión se trata de recuperar tienen la condición de demaniales, la potestad de recuperación podrá ejercitarse en cualquier tiempo*».

Quiere decirse que, supuesto el carácter imprescriptible de los bienes demaniales, no es posible admitir que la posesión de estos bienes por terceros produzca efectos jurídicos<sup>138</sup>. Frente a la titularidad demanial que justifica un *ius possidendi* (legitimador de la recuperación de oficio) de la Administración, no puede oponerse por

---

<sup>138</sup> En cuanto a los requisitos exigidos para la recuperación de oficio, debe distinguirse entre los objetivos y los temporales. Para comenzar, los requisitos objetivos son la constancia de la demanialidad del bien, sin que sea necesario acreditar la posesión pública del mismo; su perfecta individualización y la posesión indebida de los particulares, esto es, la inexistencia de un acto jurídico que legitime esta posesión contraria. En cambio, los requisitos temporales hacen referencia a los diferentes plazos que limitan la recuperación de oficio, inexistente para los bienes demaniales y el plazo de un año para los patrimoniales.

los usurpadores privados un *ius possessionis* que se consolide por el transcurso del plazo de un año<sup>139</sup>.

#### 4.6. EL DESAHUCIO ADMINISTRATIVO

El desahucio es una potestad de la Administración pública en virtud de la cual, como indica el art. 58 de la LPAP, ésta puede «(...) *recuperar en vía administrativa la posesión sólo de sus bienes demaniales (no de los patrimoniales) cuando decaigan o desaparezcan el título, las condiciones o las circunstancias que legitimaban su ocupación por terceros*». Por lo tanto, el desahucio consiste en el lanzamiento o expulsión mediante la culminación de un procedimiento administrativo, de quienes ocupen un bien inmueble demanial, una vez que se les haya extinguido el título legítimo que les autorizaba su ocupación.

Procede aclarar, por lo que hace al demanio estatal, que:

1. Para el ejercicio de la potestad de desahucio se requiere la previa declaración de extinción o caducidad del título del derecho de utilización del bien correspondiente (art. 59.1 de la LPAP). Esta declaración será consecuencia de la previa instrucción del pertinente procedimiento administrativo, en el que deberá darse audiencia al interesado, y en el que se abordarán los pronunciamientos pertinentes en relación con la liquidación de la correspondiente situación posesoria y, en su caso, con la determinación de la indemnización procedente. Por tanto, a diferencia del reintegro posesorio, el desahucio presupone la existencia de una concesión o autorización del uso y aprovechamiento del bien demanial a favor de un tercero. El procedimiento finaliza con la resolución ejecutiva de desahucio, que será notificada a quien se le ordene la desocupación del bien demanial, a cuyo fin se le concederá un plazo no superior a ocho días. Como analiza la jurisprudencia, no es un simple o mero acto de trámite, sino que es una resolución dotada de la suficiente entidad autónoma ejecutiva para ser susceptible de impugnación, y al efecto para salvaguardar el equilibrio entre la garantía del interés público y el derecho a la efectiva defensa del particular.
2. El desahucio no conlleva, por regla general, indemnización<sup>140</sup>.

---

<sup>139</sup> CLAVERO ÁREVALO, M., «La recuperación administrativa de los bienes de las Corporaciones locales», *Revista de Administración Pública*, núm. 16, 1995, pp. 117 y ss.

## 4.7. RÉGIMEN DE INVENTARIO

### 4.7.1. Introducción

Una diligencia elemental de todo propietario privado consiste en la llevanza de un inventario patrimonial, esto es, de un registro documental en el que consten los datos relativos a los bienes de los que son titulares. El hecho de que la administración de los bienes públicos se realice de una forma institucional y de que haya gran cantidad de bienes, hace que la LPAP imponga a las Administraciones la obligación de inventariar los bienes y derechos que integran su patrimonio<sup>141</sup>.

### 4.7.2. La regulación efectuada por la LPAP y su Reglamento

La imposición de este deber a las Administraciones públicas se contiene en el art. 32.1 de la LPAP, que dispone que *«las Administraciones públicas están obligadas a inventariar los bienes y derechos que integran su patrimonio, haciendo constar con el suficiente detalle, las menciones necesarias para su identificación y las que resulten precisas para reflejar su situación jurídica y el destino o uso a que están siendo dedicados»*. Sin embargo, lamentablemente, ese deber no se traduce en la formación ni de un inventario patrimonial único para todo el sector público ni siquiera de un solo inventario para cada una de las Administraciones. Además, la inclusión de un bien en un inventario no añadirá nada, como técnica defensiva, a las potestades de protección y recuperación de los bienes, salvo la constitución de un principio de prueba escrito.

---

<sup>140</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de mayo de 2013, -RJ 2013/4487-, explica que la declaración de desahucio puede determinar, en su caso, la indemnización que resulte procedente y precisa que la jurisprudencia (Sentencias de 8 de abril de 2003, -RJ 2003/3681-; de 21 de enero de 2004, -RJ 2004/7169- y de 3 de diciembre de 2012, -RJ 2010/8886-, establece diferentes grados y condiciones para la procedencia de la indemnización. Así, afirman estas Sentencias que *«las cláusulas de precario en las concesiones - que, como se ha visto, no garantizan la absoluta inmunidad de la Administración para eliminar la situación jurídica sobre la que se hace gravitar el precario administrativo-, llevan consigo la necesidad de distinguir entre una precariedad de primer grado que lleva aparejada indemnización y otra de segundo grado que no comporta resarcimiento, y que la distinción entre una y otra depende de las circunstancias de estabilidad o interinidad del uso y de las condiciones de oportunidad y alteración de la causa originaria de esa situación jurídica de uso que acompañan a la acción revocatoria, siempre enjuiciable en conexión con la teoría general del negocio jurídico»*. En definitiva, la entrada en juego de la cláusula de precario no elimina por sí misma la obligación administrativa de indemnizar.

<sup>141</sup> VILLALBA PÉREZ, F., «Protección y defensa del patrimonio de las Administraciones Públicas: inventario patrimonial e inscripción registral de los bienes públicos (artículos 32 a 40), MESTRE DELGADO, J.F. (dir.), *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre...*, op. cit., p. 407, *«La primera medida necesaria para la protección de la titularidad y la posesión pública de los bienes de las Administraciones es inventariarlos. Las Administraciones no sólo tienen competencia para elaborar los inventarios patrimoniales, sino la obligación de hacerlo»*.

Los arts. 33 y siguientes de la LPAP regulan con detenimiento el denominado Inventario General de Bienes y Derechos del Estado, gestionado por la Dirección General del Patrimonio, y son los arts. 43 a 45 del RGAP los que precisan las reglas generales de acceso.

Finalmente, debe señalarse la previsión del último párrafo del art. 33.3 de la LPAP de un catálogo permanentemente actualizado de los bienes inmuebles y derechos reales que tengan afectados o adscritos los Departamentos ministeriales y organismos públicos, y de los arrendamientos concertados para alojar sus órganos.

Este catálogo es un inventario parcial elaborado por los Departamentos y organismos públicos, cuyo contenido lo constituyen exclusivamente los bienes inmuebles, derechos reales y los arrendamientos para alojar a sus órganos. Proporciona una presunción de veracidad o exactitud de lo que contienen; una finalidad de buena administración, que no está orientada primariamente a la seguridad jurídica del tráfico de los bienes, sino a determinar el régimen jurídico que la Administración debe cumplir y seguir cuando opere sobre ellos.

#### **4.7.3. Efectos jurídicos de los inventarios**

Los objetivos del inventario pueden reconducirse a uno solo: constituir la base informativa de los bienes y derechos pertenecientes al Estado. Por su incardinación en la Dirección General del Patrimonio del Ministerio de Hacienda, se ha venido apuntando como fin genérico el articular una verdadera conducta patrimonial de la Administración que le permita conocer su patrimonial económico<sup>142</sup>.

En cuanto a los efectos jurídicos de estos inventarios, debe señalarse que serán diversos en función de que la finalidad de los mismos sea interna o externa. En el primer caso, es decir, cuando la finalidad es puramente interna, tal y como sucede en el caso del citado Inventario General de Bienes y Derechos del Estado, la inclusión de los bienes públicos protege las características propias de los bienes, su integridad, buen estado de conservación, así como adecuada utilización, de acuerdo con el interés general, pero no posee carácter constitutivo ni, en principio, eficacia jurídica frente a

---

<sup>142</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., Voz «Inventario de bienes», GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (coord.), *Diccionario de obras y bienes públicos...*, op. cit., p. 436, añade: «Evidentemente, la otra óptica de esta adecuada conducta patrimonial administrativa, supone el recíproco deber de la Hacienda de traer al buen camino a los contribuyentes morosos y garantizar a unos y otros la útil inversión del total producto a los tributos».

terceros, a pesar de que la Administración cuando gestiona o dispone de sus bienes o derechos, afecta, constituye o altera la situación jurídica de terceros. Se trata de una técnica de mero orden interno que ni modifica la naturaleza jurídica de los bienes inventariados ni produce consecuencias jurídicas<sup>143</sup>, aunque la constancia de un bien en estos registros o inventarios pueda constituir, y constituye de hecho, un principio de prueba de posesión por el Ente público, así como de su titularidad<sup>144</sup>. En este sentido, el art. 33.4 de la LPAP establece: «*El Inventario General de Bienes y Derechos del Estado no tiene la consideración de registro público y los datos reflejados en el mismo, así como los resultados de su agregación o explotación estadística, constituyen información de apoyo para la gestión interna y la definición de políticas de la Administración General del Estado y sus organismos públicos*».

En el segundo supuesto, en cambio, que es lo que sucede en el caso de los registros públicos sectoriales, como el Catálogo de Montes de Utilidad Pública<sup>145</sup> o el Registro de Aguas<sup>146</sup>, los efectos jurídicos sobre los bienes registrados son importantes.

---

<sup>143</sup> VILLALBA PÉREZ, F., «Protección y defensa del patrimonio de las Administraciones Públicas...», *op. cit.*, p. 426, explica que, a diferencia de los registros jurídicos que producen efectos constitutivos o declarativos de derechos, y surten efectos frente a terceros, el inventario es una lista de carácter administrativo interno que por sí solo ni prueba ni crea ni constituye derecho alguno a favor de la Administración, siendo más bien un documento que sirve de recordatorio constante para que la Administración ejercite las facultades que le corresponden.

<sup>144</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General*, Tomo II, Iustel, Madrid, pp. 579-580. Esta opinión no es compartida por PARADA VÁZQUEZ, J.R., quien en su obra *Derecho Administrativo, vol. III. Bienes públicos. Derecho Urbanístico...*, *op. cit.*, duda de estos efectos. También en este sentido BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Civitas, Madrid, 2009, p. 374, indica que los efectos de la inclusión de un bien público en un inventario no son claros y, además, que las Administraciones públicas no se han esforzado demasiado en constituir esos inventarios ni, sobre todo, en actualizarlos.

<sup>145</sup> El art. 16 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, indica: «1. *El Catálogo de Montes de Utilidad Pública es un registro público de carácter administrativo en el que se inscriben todos los montes declarados de utilidad pública. 2. La inclusión y exclusión de montes en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública y la llevanza de éste corresponde a las comunidades autónomas en sus respectivos territorios. Las comunidades autónomas darán traslado al Ministerio de Medio Ambiente de las inscripciones que practiquen así como de las resoluciones administrativas y sentencias judiciales firmes que conlleven modificaciones en el catálogo, incluidas las que atañen a permutas, prevalencias y resoluciones que, con carácter general, supongan la revisión y actualización de los montes catalogados. 3. La inclusión en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública de los montes públicos a los que se refiere el artículo 13 se hará de oficio o a instancias del titular, y se adoptará por acuerdo del órgano competente que determine cada comunidad autónoma, a propuesta de su respectivo órgano forestal, previa instrucción del correspondiente procedimiento en el que deberá ser oída la Administración titular y, en su caso, los titulares de derechos sobre dichos montes. 4. La exclusión de un monte del Catálogo de Montes de Utilidad Pública sólo procederá cuando haya perdido las características por las que fue catalogado y se regulará por el procedimiento descrito en el apartado anterior. La exclusión parcial o permuta de una parte no significativa de un monte catalogado podrá ser autorizada por la comunidad autónoma, a propuesta de su órgano forestal, siempre que suponga una mejor definición de la superficie*

## 4.8. LA INMATRICULACIÓN REGISTRAL

### 4.8.1. Evolución legislativa de la inmatriculación registral

La constancia de los bienes inmuebles demaniales en el Registro de la Propiedad ha constituido uno de los problemas clásicos del régimen de estos bienes; un problema que ha tenido en la legislación una línea evolutiva oscilante y ambigua.

La institución del Registro de la Propiedad aparece en el siglo XIX como instrumento al servicio del tráfico de los bienes privados, mediante el cual se pretendía dar firmeza a las situaciones de propiedad privada derivadas de las operaciones desamortizadoras; era lógico, pues, que su regulación no se preocupase de la inscripción de los bienes demaniales<sup>147</sup>. Sin embargo, pronto el Estado advirtió los beneficios que determinaba la inmatriculación de sus propiedades y derechos, de modo que dictaría normas administrativas dirigidas a lograr el acceso de los bienes públicos al Registro de la Propiedad. De ahí que el Real Decreto de 11 de noviembre de 1864<sup>148</sup> dispusiera, en su art. 1, que los bienes inmuebles y derechos reales que poseían o administraban el Estado y las Corporaciones civiles y se hallaban exceptuados o debían exceptuarse de la

---

*del monte o una mejora para su gestión y conservación. 5. Con carácter excepcional, la comunidad autónoma, previo informe de su órgano forestal y, en su caso, de la entidad titular, podrá autorizar la exclusión o permuta de una parte de un monte catalogado por razones distintas a las previstas en el apartado anterior».*

<sup>146</sup> Indica el art. 80 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas: «1. Los Organismos de cuenca llevarán un Registro de Aguas en el que se inscribirán de oficio las concesiones de agua, así como los cambios autorizados que se produzcan en su titularidad o en sus características. La organización y normas de funcionamiento del Registro de Aguas se fijarán por vía reglamentaria. 2. El Registro de Aguas tendrá carácter público, pudiendo interesarse del Organismo de cuenca las oportunas certificaciones sobre su contenido. 3. Los titulares de concesiones de aguas inscritas en el Registro correspondiente podrán interesar la intervención del Organismo de cuenca competente en defensa de sus derechos, de acuerdo con el contenido de la concesión y de lo establecido en la legislación en materia de aguas. 4. La inscripción registral será medio de prueba de la existencia y situación de la concesión».

<sup>147</sup> HORGUÉ BAENA, C., «Bienes públicos y Registro de la Propiedad», en la obra coordinada por ella *Régimen patrimonial de las Administraciones Públicas...*, op. cit., p. 367, explica: «El Registro de la Propiedad nació como un instrumento para la protección de la propiedad privada, vinculado históricamente al proceso de transformación liberal de la propiedad y a la desamortización civil y eclesiástica. Quizás por ello, por encaminarse a asegurar la propiedad privada y el tráfico inmobiliario entre particulares, las primeras regulaciones de este Registro público no aludían a los bienes o derechos del Estado o de las Corporaciones públicas».

<sup>148</sup> A pesar de que se dictaron otras disposiciones anteriores (Real Orden de 1 de febrero de 1863 y Real Decreto de 19 de junio de 1863), la primera norma con carácter general al respecto fue el Real Decreto de 1863, en la que se señalaba la necesidad de inscribir todos los bienes públicos, a excepción de los que se consideraba que no eran susceptibles de propiedad privada. Esta norma fue sustituida por el Real Decreto de 11 de noviembre de 1864.



venta con arreglo a las leyes desamortizadoras «*se inscribirían desde luego en los registros de la propiedad de los partidos en que radicaren*». De esta regla de inscripción de todos los bienes inmuebles públicos se evadían algunos de ellos. En efecto, el art. 3 de este Real Decreto exceptuaba de la inscripción «*los bienes que pertenecen tan sólo al dominio eminente y cuyo uso es de todos, como las riberas del mar, los ríos y sus márgenes, las carreteras y caminos (...), las calles, plazas, paseos públicos y egidos de pueblos siempre que no sean terrenos de aprovechamiento común de los vecinos, las murallas de las ciudades y plazas, los puertos y radas, y cualesquiera otros bienes análogos de uso común y general*», salvo que «*alguno de estos bienes cambiare de destino entrando en el dominio privado del Estado, de las provincias, de los pueblos o de los establecimientos públicos*», pues en ese caso «*sí habría de llevarse a efecto su inscripción, desde luego, si hubieran de continuar amortizados*».

La finalidad de la normativa citada era la obligatoriedad de inscribir todos los bienes públicos inmuebles en el Registro de la Propiedad, a excepción de los bienes de uso común y general a los que se les dispensaba de inmatriculación, que no prohibición<sup>149</sup>. Sin embargo, posteriormente, el Reglamento Hipotecario de 1915, dictado en desarrollo de la Ley de 16 de diciembre de 1909 de modificación de la Ley Hipotecaria, cambió el sentido originario de la regla de acceso al Registro de la Propiedad, al extender esta excepción a todos los bienes de dominio público, pues se entendía que entre los numerosos privilegios exorbitantes de los que gozaba el demanio, se encontraba el disfrutar por sí mismo de una publicidad que hacía que no tuviera necesidad de acudir al Registro en busca de la publicidad que éste proporciona.

Tal regulación pasó con ligeras modificaciones a la normativa registral de los años cuarenta. Así, el art. 5 del Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario (en adelante RH), según su reforma en el año 1959, excluyó de la inscripción todos «*los bienes de dominio público a que se refiere el artículo 339 del C.c.*», así como «*los bienes municipales de dominio y uso público conforme a la legislación especial*»<sup>150</sup>.

---

<sup>149</sup> La dispensa se entendía justificada por la ostensibilidad y notoriedad de la condición pública, dado el uso común y general o público al que estaban destinados; su publicidad traería causa en la fuerza del dato fáctico, de su continuo uso por todos.

<sup>150</sup> PAREJO GAMIR, R., *Protección registral y dominio público*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, pp. 24 y ss., explica las causas por las cuales se consideraba acertada la norma. Al respecto, enumera, en primer lugar, el carácter de *res extra commercium* de los bienes demaniales,

Estas exclusiones de los bienes de dominio público del Registro de la Propiedad plantearon serios inconvenientes para los intereses públicos. Por ello, se insistiría sobre la conveniencia e incluso la necesidad de que los bienes de dominio público pudieran acogerse al sistema de protección que dispensa el Registro de la Propiedad<sup>151</sup>. En este sentido, el art. 42 del Decreto 1022/1964, de 15 de abril, que aprobó el Texto Articulado de la Ley de Patrimonio del Estado de 1964 estableció que «*el Ministerio de Hacienda, por medio de sus servicios patrimoniales, inscribirá en los correspondientes Registros, a nombre del Estado, los bienes y derechos de éste que sean susceptibles de inscripción*», y en la misma línea el art. 36.1 del RBEL dispuso que «*las Corporaciones locales deberán inscribir en el Registro de la Propiedad sus bienes inmuebles y derechos reales, de acuerdo con lo previsto en la legislación hipotecaria*». En ninguno de los dos casos se precisaba si este mandato comprendía o no los bienes demaniales o se refería solamente a los patrimoniales.

Las dudas comenzaron a desaparecer completamente con la reforma del art. 5 del Reglamento Hipotecario, en virtud del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre. El nuevo texto del artículo afirma que los bienes inmuebles de dominio público también pueden ser objeto de inscripción, conforme a su legislación especial. Entendiendo que lo conveniente era establecer una regulación general, no sólo se permitió el acceso de los bienes de dominio público al Registro de la Propiedad, sino que se estableció la inscripción con carácter obligatorio. Sin embargo, al estimarse, por la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 571/2001, de 31 de enero, que la reforma reglamentaria infringía la reserva de ley establecida en el art. 132.1 de la CE para el régimen jurídico de los bienes de dominio público, fue eliminado este último aspecto.

Finalmente, la reciente normativa general sobre bienes públicos también ha seguido la orientación de habilitar el acceso al Registro de la Propiedad del demanio. El

---

sustraídos del tráfico jurídico-privado. Asimismo, la especial naturaleza del derecho que el Estado o la Administración tiene sobre estos bienes. Al no ser un derecho real auténtico de propiedad, no se entendía posible que goce de la protección que el mecanismo tabular concede. Por último, se ha querido ver el fundamento de la regla en la misma naturaleza del dominio público. Si éste no es más que una forma especial del dominio que la Administración tiene sobre cierta clase de bienes, procedente directamente de la adscripción a la utilidad pública de dichos bienes, lógico es que esa adscripción motive una serie de prerrogativas por parte de dichos bienes. Entre esas prerrogativas, figuraría la excepción de inscripción registral.

<sup>151</sup> DÍAZ FRAILE, J.M., *La protección registral del litoral*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1991, p. 57.

marco normativo se cierra con el art. 36.1 de la LPAP, que establece la obligación<sup>152</sup> de las Administraciones públicas<sup>153</sup> de inscribir «*en los correspondientes registros los bienes y derechos de su patrimonio, ya sean demaniales o patrimoniales, que sean susceptibles de inscripción*», esto es, todos los bienes, incluidos los demaniales, de cualquier naturaleza que sean. La única excepción se refiere a la inscripción de los derechos de arrendamiento, puesto que se configura como una opción para las Administraciones públicas. En realidad, en términos literales, la obligación básica de inscripción no se refiere únicamente a la inscripción en el Registro de la Propiedad, sino a los correspondientes registros, de manera que ha de entenderse comprensiva de todos los registros jurídicos aptos para dar publicidad de las titularidades sobre los diferentes bienes y derechos, como el Registro de la Propiedad Industrial o el Registro Mercantil. El propio art. 36 de la LPAP, en su apartado segundo, señala a quién le corresponde la obligación de solicitar la inscripción del derecho en el Registro de la Propiedad, concretando el deber genérico de la Administración pública: el órgano que haya adquirido el bien o derecho, o que haya dictado el acto intervenido en el contrato que deba constar en el registro o, en su caso, por aquel al que corresponda su administración y gestión.

#### **4.8.2. Características destacadas del régimen jurídico de la inscripción registral. Especial atención a los títulos inscribibles**

Del régimen jurídico de la inscripción registral de los bienes y derechos de las Administraciones públicas, cabe destacar que la misma ha de practicarse con arreglo a lo establecido en la legislación hipotecaria. Los títulos materiales serán los diferentes modos de adquisición, que pueden coincidir con los que utilizan los particulares o ser específicos de las Administraciones. Esos títulos materiales han de tener su reflejo en los títulos formales, es decir, en los documentos públicos que pueden acceder al Registro de la Propiedad.

---

<sup>152</sup> Se observa así el carácter diferente de la inscripción cuando es la Administración quien la practica y no un particular. En nuestro sistema registral, el acceso al Registro de la Propiedad del dominio y de los derechos reales sobre bienes inmuebles tiene, salvo contadas excepciones, carácter voluntario. Por el contrario, la LPAP prescribe la necesaria inscripción de los bienes y derechos públicos en el Registro de la Propiedad.

<sup>153</sup> Explica HORGUÉ BAENA, C., «Bienes públicos y Registro de la Propiedad»..., *op. cit.*, p. 401, que «*La obligatoriedad de la inscripción de los bienes y derechos públicos tiene por destinatarias a las Administraciones públicas y se traduce en que éstas deben realizar todas las actuaciones tendentes a conseguir el asiento en el Registro de la Propiedad para la publicidad de sus derechos sobre bienes inmuebles; pero no significa que los registradores de la propiedad tengan necesariamente que proceder a la inscripción del bien o derecho de titularidad pública si no se cumplen los requisitos tanto materiales como formales exigidos por la normativa hipotecaria*».

En relación con estos títulos inscribibles, debe señalarse que, conforme al art. 37.1 de la LPAP: «*La inscripción en el Registro de la Propiedad se practicará de conformidad con lo prevenido en la legislación hipotecaria y en esta Ley*», de ahí que con carácter general será la normativa registral la que determine cuál deba ser el título formal hábil para que se publiquen en el Registro los derechos sobre bienes públicos. Al respecto, cabe señalar que para permitir la inscripción en el Registro de la Propiedad de los derechos de dominio de las Administraciones públicas, las normas hipotecarias han reconocido la facultad de éstas para crear, bajo ciertas condiciones, el título formal que permitiese la inscripción en los supuestos en que no contaran con otro título formal apto para ello: la certificación administrativa de dominio regulada en el art. 206 de la LH.

La especialidad relevante es, como establece el art. 206 de la LH, que las Administraciones públicas están autorizadas a emplear un documento administrativo como título formal de las inscripciones de sus bienes inmuebles. Se trata de una certificación librada por el funcionario a cuyo cargo esté la administración de los bienes públicos afectados, que permite la inscripción cuando se carece del título escrito de dominio<sup>154</sup>. A estas operaciones se refiere el art. 37.2 de la LPAP al establecer que la inscripción podrá practicarse mediante la certificación administrativa prevista en el art. 206 de la LH, o admitiendo expresamente, además, que pueda realizarse mediante traslado de la disposición administrativa en cuya virtud se verifiquen. En consecuencia, deben destacarse dos cuestiones. De una parte, que se admite el traslado de la disposición administrativa en la que se verifiquen tales operaciones como título válido para solicitar la inscripción; de otra, que no se restringe ya al Estado la funcionalidad de la certificación administrativa para la inscripción de las operaciones que contempla.

No sólo estas cuestiones se le permite a la certificación administrativa, sino que también se admite que la certificación administrativa de dominio, prevista en el art. 206 de la LH, sea el título formal válido para la reanudación del tracto sucesivo<sup>155</sup>

---

<sup>154</sup> LÓPEZ RAMÓN, F., *Sistema jurídico de los bienes públicos...*, op. cit., p. 81, precisa que «*Estamos ante una vía privilegiada de acceso al Registro que ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, de manera que la Administración sólo puede acudir al certificado administrativo cuando carezca del título escrito de dominio*».

<sup>155</sup> GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho inmobiliario, registral e hipotecario, Tomo III (calificación, tracto, especialidad y otros principios)*, Civitas, Madrid, 2002, p. 1235, define el tracto sucesivo como «*aquel principio hipotecario en cuya virtud, para que se pueda inscribir, anotar, cancelar o consignar por nota marginal un derecho o una situación jurídica inscribible, es necesario que conste previamente inscrito o anotado dicho derecho a nombre de la persona que otorgue o en cuyo nombre se otorgue el acto o contrato contra la cual se dirija un procedimiento judicial o administrativo*».

ininterrumpido<sup>156</sup>. Así, el art. 37.3 de la LPAP dispone que, además de los medios previstos en el art. 200 de la LH (expediente de dominio y acta de notoriedad), la certificación administrativa de dominio será título válido a estos efectos, siempre que se cumplan una serie de requisitos, establecidos claramente en garantía de aquellos cuyos derechos pueden verse afectados. En este sentido, la certificación administrativa de dominio será título válido para reanudar el tracto sucesivo:

1. Si los titulares de las inscripciones contradictorias o sus causahabientes no formularan oposición dentro de los treinta días siguientes a aquel en que la Administración les hubiese dado traslado de la certificación que sirva para la inscripción de su derecho, bien mediante notificación personal o, si ésta no es posible, mediante publicación de edictos en el tablón del Ayuntamiento y en el Boletín Oficial correspondiente.
2. Si los titulares no son conocidos, podrá inscribirse la certificación cuando las inscripciones contradictorias tenga más de treinta años de antigüedad, no hayan sufrido alteración durante ese plazo y se hayan publicado edictos, por plazo de treinta días, en los que se comunique la intención de inscribir la certificación en el tablón del Ayuntamiento y en el Boletín Oficial correspondiente, sin que se haya formulado oposición por quien acredite tener derecho sobre los bienes.

La LPAP reconoce también la eficacia de las certificaciones administrativas como título válido o formal no sólo para la inscripción de sus derechos reales sobre inmuebles, sino para practicar asientos en sentido contrario, es decir, para rectificar

---

<sup>156</sup> SERRERA CONTRERAS, P.L., «La certificación administrativa de dominio y la reanudación del tracto sucesivo interrumpido», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 402-403, 1961, p. 1081. Precisa SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *La inscripción de los bienes públicos*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2009, pp. 116 y ss., que el tracto sucesivo persigue que, en el folio abierto a cada finca, figure de modo completo su historial jurídico, con el fin de que todos los actos de transmisión y adquisición de derechos sobre la finca formen una cadena perfecta, en el sentido de que los sucesivos titulares se sigan los unos a los otros sin solución de continuidad. Si el titular extrarregistral no trae causa del titular registral, se produce la interrupción del tracto sucesivo, pues se ha roto la sucesiva concatenación de causante a sucesor, en que este principio registral consiste. Por ello, la vigente legislación hipotecaria prevé y regula dos medios de reanudación de la vida registral de la finca: el expediente de dominio y el acta de notoriedad. Las Administraciones públicas pueden utilizar, además de estos medios recogidos con carácter general en la legislación hipotecaria, uno adicional, la certificación administrativa, ya que la LPAP la considera título inscribible a los efectos de reanudar el tracto sucesivo registral a favor de aquéllas.

inscripciones que publican derechos a su favor<sup>157</sup>. Al respecto, el art. 37, apartados 4 y 5, de la LPAP afirma:

*«a) Cuando, previa la instrucción del correspondiente procedimiento en cuya tramitación será preceptivo un informe técnico, se acredite la inexistencia actual o la imposibilidad de localización física de la finca.*

*b) Cuando se reconozca el mejor derecho o preferencia del título de un tercero sobre el de la Administración pública en caso de doble inmatriculación, previo informe de la Abogacía del Estado o del órgano asesor correspondiente de la Administración actuante.*

*c) Cuando se reconozca la titularidad, mejor derecho o preferencia del título de un tercero sobre una finca que aparezca inscrita a favor de las Administraciones públicas, previo informe de la Abogacía del Estado o del órgano asesor correspondiente de la Administración actuante».*

Como se desprende de los supuestos enumerados, contemplan o la aceptación de la inexistencia del derecho, por ausencia del objeto material sobre el que recae o por la imposibilidad de su localización, o un acto de disposición sobre el mismo por la Administración que figura como titular del dominio del bien en el Registro de la Propiedad. En consecuencia, los casos que se recogen en este artículo se refieren a situaciones de colisión de intereses en cuanto a la titularidad de los bienes, concretamente a aquellas en las que las Administraciones públicas tienen bienes inscritos en el Registro de la Propiedad y renuncian a su titularidad, bien por no existir la finca de que se trate o bien por reconocer, previo asesoramiento en la forma prevista en el precepto, que el particular reclamante es el verdadero propietario. En estos casos, la rectificación o la cancelación no perjudican los derechos del tercero, más bien le benefician, con lo cual no parece que este artículo plantee ningún problema, pues se respeta el principio general de la necesidad del consentimiento del titular registral para poder rectificar los asientos que figuren a su nombre, recogido en el art. 40 d) de la LH.

---

<sup>157</sup> El párrafo segundo del art. 206 de la LH, introducido por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social establece: *«mediante certificación administrativa, librada en los términos indicados en el párrafo anterior y con los demás requisitos en cada caso establecidos, podrán inscribirse la declaración de obra nueva, mejoras y división horizontal de fincas urbanas y, siempre que no afecten a terceros, las operaciones de agrupación, división, agregación y segregación de fincas del Estado y de los demás entes públicos estatales certificantes».*

Por ello, el título material será la resolución administrativa en la que se declare la causa por la cual el Registro de la Propiedad es inexacto.

Cuestión distinta es el título formal necesario para la rectificación o cancelación<sup>158</sup> del asiento en el Registro de la Propiedad, pues en ningún caso cabe considerar que se permite a las Administraciones públicas alterar mediante certificación administrativa las titularidades proclamadas en el Registro de la Propiedad. En efecto, la cancelación o rectificación de los asientos registrales mediante certificación administrativa ha de rodearse de grandes cautelas. El art. 37, en su quinto apartado, de la LPAP dispone que será título bastante para la rectificación o cancelación de la inscripción a favor de la Administración pública la orden estimatoria de la reclamación previa a la vía judicial civil, una vez que haya sido notificada al interesado. Parece que es el tercero cuya reclamación previa es estimatoria quien deberá presentar al registrador de la propiedad la resolución administrativa, reconociéndole su titularidad y solicitará en consonancia con la misma la rectificación o cancelación de la inscripción que publica el dominio de la Administración pública.

Finalmente, en relación con la inscripción registral, debe mencionarse la existencia de algunas medidas dirigidas a defender la integridad de los bienes y derechos públicos, involucrando en ellas a los registradores de la propiedad. Con esta finalidad, los arts. 38 y 39 de la LPAP recogen la obligación de los registradores de la propiedad de poner en conocimiento de la Administración las inscripciones registrales sobre fincas que, por razón de su colindancia, puedan encubrir atentados a la integridad de la propiedad pública. Las inscripciones a comunicar son: *«la primera inscripción o inmatriculación de fincas colindantes con otras pertenecientes a una Administración pública y las inscripciones de exceso de cabida de fincas colindantes con otras pertenecientes a una Administración pública»*. Asimismo, es necesaria la comunicación del conocimiento, por parte de los registradores de la propiedad, de bienes y derechos pertenecientes a las Administraciones que no estuviesen inscritos debidamente, para que los órganos a los que corresponda su administración insten lo que proceda.

---

<sup>158</sup> DÍEZ-PICAZO, L., «El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 462, 1967, pp. 1263 y ss., «La cancelación es un asiento que tiene por objeto dejar sin efecto y publicar la pérdida de vigencia de un asiento anterior».

**CAPÍTULO II. LA BÚSQUEDA DE LA “VALORIZACIÓN”  
DEL PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES  
PÚBLICAS**





## **1. LA NUEVA PRETENSIÓN DE VALORIZACIÓN<sup>159</sup> DE LOS BIENES PÚBLICOS**

### **1.1. CONSIDERACIONES GENERALES**

#### **1.1.1. La obligatoria estabilidad presupuestaria como punto de partida y causa general de la corriente de valorización**

Después de varios años de crisis y de déficit de las cuentas públicas, las Administraciones públicas se han dado cuenta de que las soluciones a estas cuestiones, para poder cubrir los gastos, no pasaban por invocar ni nuevos préstamos ni aumentos en los ingresos fiscales.

Esa evolución desfavorable de las finanzas públicas ha ido reduciendo el margen de maniobra de los sujetos públicos.

En este sentido, también debe tenerse en cuenta que las obligaciones procedentes de la Unión Europea imponen limitar los gastos y el endeudamiento.

Así, debe señalarse que existe un primer orden de límites fijados por la normativa de estabilidad presupuestaria. Precisamente, el eje de la reforma introducida en el art. 135 de la CE es el principio de estabilidad presupuestaria, en torno al que deben adecuar sus actuaciones los poderes públicos<sup>160</sup>. La Ley Orgánica 2/2012, de 27

---

<sup>159</sup> Aunque no es una noción que forme parte del vocabulario jurídico, su definición se contiene en el diccionario de la Real Academia y es posible, al igual que sucede en otros países, como Francia e Italia, adaptarla al mismo.

<sup>160</sup> Con la reforma se consagra al máximo nivel la estabilidad presupuestaria como límite de la acción y orientación de los poderes públicos que se erige en principio fundamental y hasta ahora único de gobernanza común en un contexto de crisis de toda la zona Euro. Por ende, la reforma se basa en la imposición al máximo nivel y a todas las Administraciones públicas del principio de estabilidad presupuestaria, y no de equilibrio presupuestario. Sin embargo, su caracterización como principio indica la esencia del fin a perseguir, pero también la existencia de un margen de actuación de los poderes

de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, define este principio, en su art. 3.2, como «*la situación de equilibrio o superávit estructural*»<sup>161</sup>. Dicha norma es consecuencia directa de las disposiciones de la Comunidad Europea que se refieren continuamente a precios estables, finanzas públicas y condiciones monetarias sólidas<sup>162</sup>. Asimismo, hay que destacar que en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, adoptado por Resolución del Consejo Europeo de Ámsterdam, de 17 de junio de 1997 y materializado en dos instrumentos jurídicos, concretamente en el Reglamento 1466/97, del Consejo,

---

públicos. El art. 135.2 de la CE establece, además, cuáles son esos márgenes del déficit estructural y, quizás es aquí donde la reforma es más polémica. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «La reforma del artículo 135 de la Constitución Española», *Revista de Administración Pública*, núm. 187, 2012, pp. 46-47, afirma que, no obstante, «*el artículo 135 habilita al Estado y las Comunidades Autónomas a incurrir en cierto déficit estructural, cuya limitación se vincula a los márgenes establecidos por la Unión Europea. La recepción constitucional del concepto de déficit estructural, junto con la remisión a las disposiciones de la Unión Europea para establecer sus límites, plantean la coexistencia de una doble metodología para su cómputo: la nacional y la europea*». RUIZ ALMENDRAL, V., «La reforma constitucional a la luz de la estabilidad presupuestaria», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 38, 2009, pp. 89-159.

<sup>161</sup> La misma norma precisa, en su art. 11.1, que «*La elaboración, aprobación y ejecución de los Presupuestos y demás actuaciones que afecten a los gastos o ingresos de las Administraciones Públicas y demás entidades que forman parte del sector público se someterá al principio de estabilidad presupuestaria*». Añadiendo, a continuación, en el apartado segundo, que: «*Ninguna Administración Pública podrá incurrir en déficit estructural, definido como déficit ajustado del ciclo, neto de medidas excepcionales y temporales. No obstante, en caso de reformas estructurales con efectos presupuestarios a largo plazo, de acuerdo con la normativa europea, podrá alcanzarse en el conjunto de Administraciones Públicas un déficit estructural del 0,4 por ciento del Producto Interior Bruto nacional expresado en términos nominales, o el establecido en la normativa europea cuando este fuera inferior*» y que sólo «*Excepcionalmente, el Estado y las Comunidades Autónomas podrán incurrir en déficit estructural en caso de catástrofes naturales, recesión económica grave o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control de las Administraciones Públicas y perjudiquen considerablemente su situación financiera o su sostenibilidad económica o social, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados. Esta desviación temporal no puede poner en peligro la sostenibilidad fiscal a medio plazo*», tal y como afirma el apartado tercero. El compromiso del Gobierno de España quedó plasmado en la actualización del Plan de Estabilidad y Crecimiento 2010-2013, aprobada por el Consejo de Ministros, de 29 de enero de 2010. En la misma se establece como objetivo, de acuerdo con el Procedimiento de Déficit Excesivo abierto por la Unión Europea, la reducción del déficit para el conjunto de las Administraciones públicas hasta el 3 por 100 del Producto Interior Bruto. Asimismo, también se aprobaron el Plan de Acción Inmediata 2010 y el Plan de Austeridad de la Administración General del Estado 2011-2013 como instrumentos para alcanzar dicho objetivo. Posteriormente, el Consejo de Política Fiscal y Financiera aprobó el Acuerdo Marco con las Comunidades Autónomas y Ciudades con estatuto de autonomía sobre sostenibilidad de las finanzas públicas para el período 2010-2013. Y, en el seno de la Comisión Nacional de la Administración Local se aprobó el Acuerdo Marco sobre sostenibilidad de las finanzas públicas para el período 2010-2013 en el que se prevé una senda de déficit, en términos de Contabilidad Nacional, para el conjunto de las Entidades locales que va desde el 0,5% PIB en 2009 al 0,2% en 2013.

<sup>162</sup> Además, de acuerdo con el art. 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el protocolo núm. 12 del mismo, corresponde a la Comisión supervisar la evolución de la situación presupuestaria y el endeudamiento de los Estados miembros y al Consejo corregir las eventuales desviaciones. Véase la Decisión del Consejo Europeo, de 25 de marzo de 2011, que modifica el art. 136 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en relación con un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro (2011/199/UE). NIETO DELGADO, E. y MARTÍN DELGADO, I., *Derecho Administrativo europeo en el Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 148.

relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y la supervisión y coordinación de las políticas económicas y, por otro lado, en el Reglamento 1467/97, del Consejo, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento que se había de aplicar en los supuestos de déficit excesivo<sup>163</sup>, los Estados miembros se comprometieron a alcanzar el objetivo de situaciones presupuestarias próximas al equilibrio o al superávit y a que se cumpliera el índice de convergencia, fijado en el Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht, de que el déficit se mantenga siempre por debajo del 3 por ciento<sup>164</sup>.

Ciertamente, con anterioridad, el problema de los costes determinaba, si no había recursos suficientes, que se tuviera que recurrir a la deuda pública para el cumplimiento de las finalidades pretendidas. En la actualidad, esta solución no es más que una parte del análisis, en la medida en que ha de estudiarse si el mecanismo propuesto afecta a las necesidades de financiación del ente público y, caso de que así sea, si en el marco de la actuación global de las Administraciones públicas sobrepasa un porcentaje de déficit público del 3 por 100 del Producto Interior Bruto o la deuda pública supera el 60 por 100 de ese mismo PIB. Son los porcentajes que están recogidos en el citado Pacto de Estabilidad y Crecimiento, acordado en el Consejo de Ámsterdam en junio de 1997, y que, si se superaran, supondrían la apertura de un procedimiento de déficit excesivo por parte de la Comisión Europea.

No sólo han de tenerse en cuenta estas directrices, sino que, además, a la hora de contabilizar ese déficit público, se han de adoptar principios comunes en todo el ámbito comunitario<sup>165</sup>. Es la única manera de que se refleje la realidad económica de las

---

<sup>163</sup> LÓPEZ ESCUDERO, M., «La reforma del pacto de estabilidad y crecimiento», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 16, 2005, pp. 455 y ss., precisa que, no obstante, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento y, en consecuencia, el principio de estabilidad presupuestaria, surgen con anterioridad y, de hecho esta última está recogida en el art. 104.1 del Tratado de la Unión Europea, que establece: «Los Estados miembros evitarán déficit públicos excesivos». La existencia de un déficit excesivo deriva de la concurrencia de dos elementos vinculados al Producto Interior Bruto, de acuerdo con lo señalado en el Protocolo número 20 del Tratado, relativo al procedimiento aplicable en el caso de déficit excesivo por los Estados.

<sup>164</sup> MARTÍNEZ LAGO, M.Á., «Constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria en la Unión Europea y en España. La Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera», LÓPEZ GARRIDO, D. (dir.), *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 135 de la Constitución española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, pp. 131 y ss. De este mismo autor, «Crisis fiscal, estabilidad presupuestaria y reforma de la Constitución», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 24, 2011, pp. 10-21.

<sup>165</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 31 y ss., argumenta que «Precisamente por ello, se configuró un

Administraciones públicas europeas y que no se produzcan disfunciones, dado que esta cuestión afecta a la propia competencia entre las economías europeas<sup>166</sup>.

La LPAP también asume los citados objetivos, tal y como declara en la Exposición de Motivos: «Una de las preocupaciones fundamentales de la Ley ha sido hacer posible la articulación de una política patrimonial integral para el sector estatal, que permita superar el fraccionamiento de los sistemas de administración de los bienes públicos y coordinar su gestión con el conjunto de políticas públicas, señaladamente, las políticas de estabilidad presupuestaria y vivienda». Además, esta preocupación se proyecta también en la misma norma en varios preceptos. Así, por ejemplo, el art. 169 a) atribuye al Consejo de Ministros la competencia para «determinar las directrices y estrategias de gestión del sector público empresarial del Estado, en coherencia con la política económica y la estabilidad presupuestaria».

Igualmente, hay un presupuesto de aplicación de la normativa sobre estabilidad presupuestaria que se cumple con toda claridad, como es su delimitación subjetiva. En efecto, existe una coincidencia casi completa entre la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y la LPAP, y al comparar sus respectivos artículos 2, se observa que la delimitación del ámbito subjetivo de estas leyes coincide tanto en lo que se refiere a las Administraciones públicas y sus organismos públicos, como al sector público empresarial. De este modo, todo lo que considera patrimonio el art. 9 de la LPAP queda afectado por la doctrina de estabilidad presupuestaria<sup>167</sup>.

---

*Sistema de Cuentas Nacionales y Regionales que se ha de aplicar a todas las entidades públicas que desarrollan su actividad en Europa. Fue aprobado por el Reglamento (CE) 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996, relativo al sistema de cuentas nacionales y regionales de la Comunidad. Esta disposición es básicamente una norma contable y tiene una vocación de regulación íntegra de la contabilidad pública. Tiene nueve artículos y dos anexos. En el primero se concreta la metodología del SEC y en el segundo está contemplado el programa de transmisión de datos de las cuentas nacionales a la Comisión de acuerdo con un calendario preciso, y con arreglo a 23 tablas estadísticas en las que se recogen datos de flujos económicos, saldos contables, agregados básicos y elementos sobre operaciones contables, tanto de la economía nacional como de las Administraciones públicas. Como segundo elemento de uniformidad, el análisis de la aplicación de los principios contables recogidos en el SEC-95 se encomienda, en el ámbito comunitario, a la oficina estadística de la Comisión Europea, Eurostat, que es la encargada, en consecuencia de informar a la Comisión si se han superado los límites de déficit que obligan a abrir los procedimientos de déficit excesivos por parte del Consejo».*

<sup>166</sup> Por ello, se configuró un Sistema de Cuentas nacionales y Regionales que se ha de aplicar a todas las entidades públicas que desarrollan su actividad en Europa. Fue aprobado por el Reglamento (CE) 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996, relativo al sistema de cuentas nacionales y regionales de la Comunidad.

<sup>167</sup> Así lo señala GARCÍA-MONCÓ, A., «A propósito del régimen jurídico-financiero del patrimonio de las Administraciones Públicas»..., *op. cit.*, p. 205, si bien refiriéndose a la ya derogada Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria.

Éstos son sólo algunos de los motivos por los cuales, la óptica de conservación del dominio público -y no sólo de esta clase de bienes- está siendo sucedida, especialmente en otros países, por una de “valorización”<sup>168</sup> del mismo<sup>169</sup>, uno de los propósitos dominantes del Derecho de los bienes públicos<sup>170</sup>, que supone la toma de conciencia del valor de los patrimonios públicos y la voluntad de racionalizar y rentabilizar su gestión. El centro de gravedad de la teoría demanial se ha ido desplazando desde una lógica de protección (centrada en la afectación pública) hacia una de valorización.

Ahondando en esta idea, puede señalarse que el ordenamiento jurídico está virando -de una forma arrítmica y asistemática pero claramente perceptible- desde una óptica de conservación y resguardo del dominio público hacia una tendencia de “valorización” o rentabilización del mismo, que implica la toma de conciencia del valor de los patrimonios públicos y la voluntad de racionalizar y rentabilizar su gestión para conseguir, de esta manera, una mayor eficacia en la prestación de los servicios y fines públicos, y, en definitiva, una mejor satisfacción del interés general.

En cualquier caso, lo importante es que se permita y tenga lugar tanto el desarrollo de la corriente de valorización, como también el mantenimiento simultáneo de la protección del dominio público, con la finalidad de respetar siempre el equilibrio entre una y otra corriente. No hay que perder de vista el elemento central de todo este asunto: el respeto de la afectación de los bienes a la utilidad pública.

---

<sup>168</sup> Sobre el significado de la noción “valorización” es interesante la reflexión que realiza DREYFUS, J.D., en su trabajo «La valorisation par l'Etat de son patrimoine immatériel», *Actualité Juridique en Droit Administratif*, núm. 13, 2009, pp. 696 y ss., en el que relacionando el término con el requisito de la buena utilización de los fondos públicos plantea que la misma es el desarrollo económico del dominio público con el fin de obtener más recursos, es decir, el objetivo de las personas públicas de intentar obtener el mayor ingreso posible de sus bienes. Asimismo, debe destacarse la definición del término realizada por AUBY, J.B., en su obra *Le mouvement de banalisation du Droit des personnes publiques et ses limites*, Dalloz, Paris, 1992, p. 296, como el deseo de optimizar el patrimonio económico, otorgándole el uso más rentable o poniéndolo a disposición de colaboradores externos.

<sup>169</sup> En España también está teniendo lugar esta corriente, si bien no se trata el problema bajo este nombre o sustantivo.

<sup>170</sup> GONZÁLEZ RABANAL, M., «Concepto y evolución de gestión pública», GONZÁLEZ RABANAL, M. (coord.), *Organización y gestión pública eficiente ante la crisis*, Universitas, Madrid, 2013, pp. 303 y 304, «La búsqueda de una mayor eficiencia y eficacia en la utilización de los recursos públicos, así como la preocupación por la transparencia de la acción gubernativa, están siendo el centro de atención, tanto en los entornos académicos, como en los políticos y sociales».

Todo ello no puede pasar por alto que la situación actual requiere la búsqueda de otros paradigmas, puesto que lo que evidencian las relaciones Estado/individuo, Estado/mercado, Derecho público/Derecho privado, contrato/acto administrativo, empresa/solidaridad, es precisamente la crisis de dicha aproximación dicotómica. Sin embargo, y en todo caso, si se conserva dicha oposición binaria, es necesario trabajar en una dirección que nos permita responder de modo flexible a lo que presenta fronteras vaporosas y contornos inciertos<sup>171</sup>.

### **1.1.2. La actividad financiera como necesidad de la acción administrativa**

Una cuestión que no puede ignorarse es que los medios financieros son necesarios para llevar a cabo casi toda clase de actividad. Las Administraciones públicas pueden y deben hacer uso de los recursos económicos que manejan, para el cumplimiento de todas las finalidades de carácter económico y social, que les están encomendadas a un Estado social de Derecho.

Puede decirse que sin recursos y sin una adecuada utilización de los mismos, conforme a las reglas previstas al efecto, pierden gran parte de su sentido todas las potestades y técnicas públicas de intervención en la economía.

Los bienes públicos pueden ser instrumentos que favorezcan la obtención y el aumento de recursos, pero teniendo siempre presente que no es ésta su finalidad principal y que eso será posible, siempre y cuando no sea perjudicada su afectación<sup>172</sup>. Las Administraciones públicas son titulares de bienes que, por mandato constitucional, están destinados al interés general<sup>173</sup>.

---

<sup>171</sup> Esto ya era señalado en 1998 por MALARET I GARCÍA, E., «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto», *Revista de Administración Pública*, núm. 145, 1998, p. 52, «Cuando se observan los modos de intervención del Estado, la primera evidencia que se nos impone es la de que, a menudo, aquéllos no pueden incluirse ya en las categorías jurídicas tradicionales, al menos de acuerdo con el modo monolítico con el que éstos han sido a menudo explicados. Ello es así sobre todo si se tiene en cuenta el proceso de integración europeo que se desarrolla en paralelo a la globalización de los intercambios económicos. El Derecho europeo, caracterizado por una multiplicidad de sistemas jurídicos, aparece de este modo integrado por nociones de contenido variable. El paradigma de la complejidad parece abrir una vía permitiendo abastecer de soluciones la coyuntura actual».

<sup>172</sup> Tal y como establece el art. 103 de la CE, los bienes públicos son medios puestos a disposición de las Administraciones públicas para cumplir su finalidad constitucional: el servicio objetivo al interés general.

<sup>173</sup> A pesar de que el destino de los bienes demaniales y patrimoniales sea diferente (en el primer caso están vinculados al uso general o al servicio público y en el segundo, se encuentran destinados a la obtención de ingresos derivados de su explotación, salvo aquellos que no sean susceptibles de

En este ámbito, se plantean hoy importantes problemas derivados del hecho de que el patrimonio inmobiliario de las Entidades públicas se esté utilizando cada vez con más frecuencia, con objetivos puramente lucrativos, lo que puede llegar a justificarse si los rendimientos que se obtienen se aplican a la consecución de fines públicos de la Entidad, pero no en cualquier caso y bajo cualquier circunstancia. Así, las Administraciones entran de lleno en el mercado con sus bienes con la intención de obtener la máxima rentabilidad (en términos económicos), apoyándose en que los ingresos así obtenidos se destinarán a la satisfacción de las necesidades colectivas.

La justificación del lucro debe vincularse a una mayor eficacia en el ejercicio de las funciones públicas y, por tanto, a la realización de los fines del Estado, pero no llevarse a cabo sin causa.

No hay que olvidar que no siempre se consiguen los fines públicos, si se gestiona el patrimonio con un objetivo puramente lucrativo y que puede correrse el riesgo de dañar la afectación cuando sólo se piensa en aumentar los ingresos derivados de los bienes.

La gestión patrimonial no puede considerarse como una actividad puramente “privada” de la Administración, sino que tiene un carácter instrumental al servicio de los fines de aquélla, que son siempre públicos. Por ello, serán estos fines públicos los que guíen en todo momento las tareas que la misma realice.

## **1.2. EL TÉRMINO “VALORIZACIÓN”: SU SIGNIFICADO**

Una rápida observación del dominio público lleva a pensar que el régimen de la demanialidad pública no ha logrado adaptarse a las circunstancias socio-económicas de la sociedad, tal y como demuestra el hecho de que se hayan multiplicado los impedimentos a los cuales ni el Derecho ni la práctica administrativa pueden hacer frente; la insuficiencia de las adaptaciones de las normas, que ocasionan un retroceso del régimen, la complejidad de ciertas disposiciones, así como la ambigüedad de las decisiones jurisprudenciales que no simplificaban los problemas.

Sin embargo, la cuestión debe ser analizada desde otro ángulo. El problema no reside en la inadaptación del régimen. Lo que debe reconsiderarse es la evolución del

---

explotación), son bienes públicos, cuyo sentido se encuentra en su especial idoneidad para alcanzar los fines de interés general que la Constitución encomienda a las Administraciones públicas.



Derecho de la demanialidad pública, que encuentra su causa en el mercado, particularmente acentuado hoy. Debido a la introducción del mercado en el dominio público, el régimen no se encuentra en la actualidad adaptado a los reales problemas económicos de los sujetos y empresas privadas. Es esta evolución la que plantea el problema y origina la crisis del régimen, de la protección de la afectación y de la gestión patrimonial del dominio público, con la consecuente aparición de nuevos inconvenientes.

Históricamente, el Derecho demanial ha estado dominado por una preocupación constante por respetar su conservación. Se trataba especialmente de preservar el patrimonio de todo acto de apropiación por terceros. Desde este punto de vista, el dominio público era percibido como un peso muerto, una carga para los poderes públicos, encargados de afectar el dominio público al cumplimiento de objetivos que satisficieran las necesidades de los ciudadanos. No sólo no producía ingresos, sino que los gastos debían estar comprometidos únicamente con su conservación.

La evolución desfavorable de las finanzas públicas ha ocasionado, sin embargo, que los poderes públicos comenzaran a analizar las posibilidades de generar y obtener ingresos a partir de los bienes demaniales o a contar con la colaboración del sector privado para repartir los costes y obtener financiación, originando el nacimiento de una corriente denominada de “valorización” o rentabilización de los bienes públicos. Se han ido produciendo importantes procesos de valorización de los bienes públicos. Se constata así el paso de la tradicional concepción conservacionista, que consideraba inconciliable el destino propio de los bienes públicos con su utilización económica, a la tesis que sostiene la necesidad de que los bienes públicos cubran los costes de los servicios que prestan e incluso generen beneficios económicos<sup>174</sup>.

El término “valorización” de los patrimonios públicos no es una noción perteneciente al vocabulario jurídico. Aunque sí es cierto que el diccionario de la Real Academia Española<sup>175</sup>, en su vigesimosegunda edición, recoge este término “valorización” como «*la acción y el efecto de valorizar*» y “valorizar” lo define, en una de sus acepciones, de la siguiente manera: «*aumentar el valor de algo*».

---

<sup>174</sup> LÓPEZ RAMÓN, F., *Sistema jurídico de los bienes públicos...*, *op. cit.*, p. 34.

<sup>175</sup> A pesar de que la corriente de valorización haya nacido en Francia, tampoco el término «*valorisation*» tiene en dicho país un significado jurídico determinado. Consiste, según el Diccionario Le Robert, en «*conférer un valeur plus grande à la chose*», de mejorar su explotación, de hacerla más útil o más rentable.

Si bien lingüísticamente sólo se hace referencia a la perspectiva económica, jurídicamente implica no sólo la maximización de los beneficios, sino también la mejor satisfacción del interés general.

Por ello, aplicándolo a la gestión patrimonial pública, puede definirse como la maximización de los beneficios que se pueden obtener de los bienes pertenecientes a las Administraciones públicas y que tiene como finalidad conseguir la mejor satisfacción o la búsqueda de una mejor satisfacción del interés general. En consecuencia, puede observarse como el término, o mejor dicho la corriente que el mismo implica, evoca inevitablemente una valorización, focalizada en las preocupaciones financieras, pero no sólo eso, sino que debe conllevar también un replanteamiento de las diferentes facetas que ella presenta. Quiere decirse que la valorización no es la única modalidad comprendida en este fenómeno; pues aunque existe indudablemente un carácter económico, también, existe, por ejemplo, una valorización cultural o medioambiental.

Así, puede afirmarse que la valorización de un bien público es, sin duda, la administración y el mantenimiento del mismo al menor coste, incluso su enajenación al mejor precio cuando haya devenido inútil, pero también la adecuación constante al interés general al que éste deba servir. Esta corriente de valorización consiste en buscar en qué medida los bienes demaniales son susceptibles de generar un ingreso, sin poner en peligro la afectación al interés público.

En definitiva, la valorización de los bienes públicos se entiende como una rentabilización al servicio de la utilidad pública y, como puede observarse, significa necesariamente, pero no exclusivamente, una búsqueda de la mejor rentabilidad financiera<sup>176</sup>.

Ciertamente, la propiedad pública se ha convertido en un Derecho de explotación, en una realidad económica dejando de ser una categoría de bienes intocables que deben ser protegidos ante todo. Las Administraciones públicas han entendido, en la época actual, que el dominio público es un “tesoro latente” que requiere ser bien gestionado y explotado<sup>177</sup> en beneficio del uso público y de la gestión de los servicios públicos. Puede decirse que han comprendido que se trata de una riqueza

---

<sup>176</sup> El ordenamiento advierte claramente el peligro de confundir liquidez con solvencia y otorgar a los bienes un destino perecedero como la obtención de ingresos para hacer frente a gastos corrientes.

<sup>177</sup> SPITZ, P.E., «Les nouvelles méthodes de gestion des biens publics: l'exemple de Paris», *Actualité Juridique en Droit Administratif*, núm. 18, 2007, pp. 954 y ss.

colectiva, cuya administración debe asegurar la mejor explotación para el interés general.

La gestión dinámica -y no solamente conservadora- de los patrimonios se impone en la actualidad y los propietarios públicos no escapan a estos nuevos imperativos.

El dominio público no es un simple lugar de ejercicio de las libertades públicas, sino que se está convirtiendo progresivamente en un instrumento de optimización y de búsqueda de rentabilidad en beneficio de los servicios públicos<sup>178</sup>. Las Administraciones públicas toman conciencia del valor económico de su patrimonio y de que el dominio público es también una riqueza colectiva cuya administración debe asegurar la mejor explotación para el interés general y no ser reservado únicamente para labores sociales o de beneficencia, mientras los sujetos privados son quienes consiguen todos los beneficios del mercado. Dicho de otro modo, las Administraciones públicas están haciendo uso de su patrimonio cada vez más frecuentemente con fines lucrativos, pero eso sí destinando los rendimientos obtenidos a la consecución de fines públicos.

Este hecho es debido a que, en las sociedades, la economía ocupa un lugar fundamental, por lo que la concepción dominante impone hoy una gestión dinámica -y no solamente conservadora- de los patrimonios públicos. Los propietarios públicos no escapan a estos nuevos imperativos de gestión, sino que deben también adecuarse a ellos.

Dichos imperativos concuerdan perfectamente con los conceptos fundamentales del Derecho privado que se apoyan sobre decisiones tomadas de manera autónoma por sujetos guiados por el interés y el éxito individual, sin otro límite que el libre arbitrio y el respeto a la Ley y a los derechos de los demás. Estas mismas exigencias, en cambio, se convierten en desventajas y dificultades cuando se trata de la explotación y la gestión de patrimonios públicos.

La unión en el Derecho público de la acción pública y la economía revela siempre un carácter un poco enigmático. Ahora bien, el éxito de las operaciones de inversión sobre el dominio público depende de la existencia de un entorno jurídico que ofrezca a los contratistas menos incertidumbre y un reparto equilibrado de los riesgos

---

<sup>178</sup> GAUDEMET, Y., «Libertés publiques et domaine public», publicado en los *Mélanges* en honor del Prof. Jacques-Henri Robert, LexisNexis, Paris, 1998, p. 134.

respetando la preservación del interés público<sup>179</sup>, es decir, un ordenamiento jurídico que elimine los obstáculos que se oponen a la utilización de métodos modernos de rentabilización de los patrimonios públicos, pero sin olvidar los principios protectores de estos patrimonios y las reglas necesarias para el mantenimiento de su afectación y la conservación de la propiedad.

La justificación del lucro que se intenta alcanzar mediante la gestión y explotación del patrimonio se encuentra en la mejora y en la mayor eficacia en el ejercicio de las funciones públicas y, en consecuencia, de los fines del Estado<sup>180</sup> y del interés general. En ningún momento puede olvidarse que la funcionalidad de los bienes demaniales es la satisfacción del interés general, hasta tal punto que la desafectación sólo puede llevarse a cabo por dejar de destinarse al uso general o al servicio público<sup>181</sup>.

En definitiva, esta tendencia agrupa las operaciones que tienen como objetivo rentabilizar el dominio, sus recursos, y permitir una utilización conforme con las necesidades de nuestro tiempo. Su intención es construir un nuevo régimen de protección del dominio público integrando esta dinámica reciente de valorización de las propiedades públicas<sup>182</sup>, para asegurar el desarrollo económico del dominio público, pero procurando preservar siempre su protección jurídica.

Al mismo tiempo se da crédito a la idea de que esta valorización debe potenciarse ya que, mediante las prerrogativas y atributos que asegura a las personas públicas, no contradice la afectación de los bienes demaniales a una utilidad pública. Las nociones de valorización y de afectación no son antagónicas, si bien las Administraciones deben siempre mantener el equilibrio necesario entre una y otra, a pesar de que tradicionalmente se haya privilegiado sistemáticamente la protección del dominio público.

---

<sup>179</sup> PISANI, C., «Les investisseurs sur le domaine public: le point de vue d'un notaire», *La réforme du droit des propriétés publiques, Petites affiches*, núm. 23, *La Loi*, Paris, 2004, p. 32, argumenta que para ello: «*Sans doute n'est-il pas nécessaire pour cela de repenser le droit administratif des biens mais seulement d'assouplir les règles de la domanialité publique*».

<sup>180</sup> MENÉNDEZ REXACH, A., «Reflexiones sobre el significado actual...», *op. cit.*, p. 209.

<sup>181</sup> MEILÁN GIL, J.L., *Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2011, p. 258.

<sup>182</sup> Actas del coloquio «La valorisation économique des propriétés des personnes publiques», organizado por el *Conseil d'État en l'École Nationale d'Administration (ENA)*, París, 6 de julio de 2011, publicadas en la dirección: [www.conseil-etat.fr/cde/media/document/colloque](http://www.conseil-etat.fr/cde/media/document/colloque)

### 1.3. LA IMPORTANCIA ECONÓMICA DE LOS BIENES PÚBLICOS

Como ha estudiado bien la doctrina francesa y se verá más adelante, cada vez se tiene más en cuenta la importancia económica de los bienes públicos y se considera que debido a que la propiedad es fuente de valor, de riqueza, es ella la que aporta las herramientas jurídicas para una rentabilización patrimonial<sup>183</sup>, cuya correcta utilización no debe desaprovecharse. La corriente de la valorización intenta cambiar el hecho de que la actividad de los bienes demaniales y patrimoniales se convierta en improductiva y se ciña únicamente a una administración ordenada, ajustando los gastos a los ingresos.

No obstante, existen incluso autores que defienden que ni siquiera los bienes patrimoniales han de encaminarse directamente a la obtención de recursos dinerarios, sino a procurar la gestión más conveniente al interés público<sup>184</sup>.

¿Es verdaderamente la finalidad de una Administración pública la obtención del mayor provecho posible de sus bienes? ¿La valorización de su patrimonio no debería permitir otros objetivos, como el cumplimiento de fines de interés general? Cuando una Administración pretende valorizar no puede esto significar solamente conseguir los máximos beneficios de todos sus bienes, sino administrar su patrimonio, gestionarlo manteniendo y asegurando el cumplimiento de finalidades públicas, pero intentando también la consecución de los ingresos complementarios que sean posibles, para poder destinarlos a la mejora del interés general.

El Derecho de la propiedad pública se ha convertido en un Derecho de explotación<sup>185</sup>, esto es, la concepción tradicional cede el paso a una concepción más dinámica de la demanialidad. Esta evolución normal de todo el Derecho de propiedad no ha sido comprendida ni aplicada rápidamente por las Administraciones públicas porque la concepción individualista y conservadora de la propiedad, que

---

<sup>183</sup> GAUDEMET, Y., *Code General de la Propriété des Personnes Publiques...*, op. cit., p. 14.

<sup>184</sup> Así, CALVO ORTEGA, R., en su trabajo «Consideraciones sobre los presupuestos científicos del Derecho Financiero», *Revista Hacienda Pública Española*, núm. 1, 1970, pp. 131 y 132, (cuya tesis ha sido seguida por SIMÓN ACOSTA, E., *El Derecho Financiero y la ciencia jurídica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1985), sostiene que, a pesar de que de la gestión del patrimonio puedan resultar ingresos de naturaleza dineraria, éste no es un efecto buscado directa e inmediatamente por el legislador. Lo que el legislador intenta conseguir con la regulación del patrimonio es una adecuada gestión de tal patrimonio a través de una mejor organización jurídica correcta de los bienes y de una afectación conveniente de los mismos a los servicios públicos correspondientes. Por ello, las normas reguladoras no deben estar dirigidas a la obtención de recursos de naturaleza financiera o medios de financiación, sino regidas por principios jurídicos distintos.

<sup>185</sup> Así, lo ha expresado GAUDEMET, Y., en el prólogo de la tesis de YOLKA, P., *La propriété publique... op. cit.*

tradicionalmente existía, se había impuesto. Hoy, por el contrario, las Administraciones públicas descubren que el ejercicio por ellas mismas de su derecho de propiedad juega un *rol* financiero importante y que todo el dominio público puede ser valorizado, explotando su valor económico y acogiendo iniciativas complementarias a su vocación tradicional.

El dominio público contiene numerosos recursos, que los principios jurídicos tradicionales no permitieron explotar<sup>186</sup>. Ahora se intenta modificar ese hecho y se consagra la obligación para los propietarios públicos de rentabilizar sus bienes lo máximo posible, esto es, de obtener de ellos las máximas utilidades<sup>187</sup>.

Se observa, pues, que el dominio público presenta interés económico y que los instrumentos que favorecen su rentabilidad deben ser fomentados en la medida en que son fuentes de ingresos para la colectividad propietaria y participan en el desarrollo económico general. Lo que no puede ignorarse es que estas herramientas jurídicas deben ser siempre compatibles con la afectación, es decir, han de colaborar simultáneamente en la puesta en valor del dominio público y en el enriquecimiento de la colectividad<sup>188</sup>, sin perjudicar las finalidades públicas, no hay motivo para que sean rechazadas, pero no cabe y no puede sostenerse en ningún caso el descuido o el perjuicio de la afectación<sup>189</sup>.

---

<sup>186</sup> SAUGEZ, H., *L'affectation des biens à l'utilité publique. Contribution à la théorie générale du domaine public*, Université d'Orléans, Orléans, 2012, p. 299, «A bien des égards, la situation actuelle est donc paradoxale, car on semble revenir à cette conception ancienne du domaine public. Sous l'Ancien Régime, le domaine de la Couronne était la principale source de revenus de l'État. Les biens qui servaient à l'intérêt général n'avaient pas de statut particulier et la royauté percevait des revenus non négligeables provenant par exemple des moulins ou des fours à pains. À la Révolution française, la conception du domaine public a émergé et on a commencé à voir les biens publics d'une autre manière en considérant que leur utilisation ne devait être que gratuit et évidemment insusceptible de propriété. Cette vision semble aujourd'hui abandonnée. Dans les années quatre-vingt, les personnes publiques ont pris conscience de leurs richesses et de l'intérêt économique que pouvaient avoir leurs patrimoines. Or, cette valorisation, dictée par l'intérêt économique».

<sup>187</sup> PAULIAT, H., «Droit réel et propriété publique...», *op. cit.*, p. 102, resalta que es la función social de la propiedad la que se pone en evidencia de esta manera: se debe explotar el dominio, de manera que se obtenga la mayor productividad posible, pero respetando siempre la necesaria satisfacción del interés general.

<sup>188</sup> GODFRIN, P. y DEGOFFE, M., *Droit Administratif des biens. Domaine, travaux et expropriation*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 489 y ss.

<sup>189</sup> GAUDEMET, Y., «L'avenir du droit des propriétés publiques», publicada en los *Mélanges* en honor del Prof. *François Terré*, Paris, 1999.

## 2. LAS CAUSAS ESPECÍFICAS DEL FENÓMENO DE LA VALORIZACIÓN

### 2.1. EL GASTO PÚBLICO Y LA CRISIS ECONÓMICA

La cuestión de la valorización cobra aún más vigencia en la actualidad, puesto que la situación de crisis<sup>190</sup> que atravesamos en los últimos años está incidiendo considerablemente en todos los sectores de la actividad económica, tanto privados como públicos, y el ámbito del dominio público no es la excepción<sup>191</sup>.

La CE se ocupa, fundamentalmente en los arts. 31, 33 y 135, de esta vertiente, esto es, del momento de aplicación de los recursos a la puesta en práctica de políticas públicas, realizando unas precisiones varias directrices determinantes de la orientación que debe seguir la política del gasto público<sup>192</sup>.

En primer lugar, los recursos públicos no pueden utilizarse incondicionadamente por la Administración en las finalidades que ella decida discrecionalmente, sino que

---

<sup>190</sup> LÓPEZ MENUDO, F., «El Derecho Administrativo como Derecho especial y excepcional de algunos entes públicos. Consecuencias», PÉREZ MORENO, A. (coord.), *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, p. 562, explica que «un Derecho apegado a la realidad, como es el Derecho administrativo, ha degenerar necesariamente normas de excepción que, por regla general, no han de contrariar la ratio natural de supuestos principios inmutables, sino que, por el contrario, buscarán ideales de justicia y de igualdad a través de la diversidad». JORDANO FRAGA, J., «El Derecho administrativo de la crisis», *XIX Congreso Ítalo-Español de Profesores de Derecho Administrativo*, Madrid, 2013, pp. 70 y 71, «Probablemente, las crisis son parte natural de la Historia de la humanidad. Y los ordenamientos jurídicos no son inmunes a la Historia. Las crisis políticas, revoluciones, pronunciamientos, guerras, económicas, sanitarias, naturales, sequías, inundaciones, terremotos, sacuden las relaciones jurídicas generando un Derecho de crisis estable y un Derecho coyuntural de respuesta ad hoc». MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «Crisis económica y transformaciones administrativas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 153, 2012, pp. 89-108.

<sup>191</sup> PORTILLO NAVARRO, M.J., «La realidad presupuestaria local. Pasado, presente y futuro», PORTILLO NAVARRO, M.J. y MERINO ESTRADA, V. (coords.), *Crisis económica y Entidades locales*, Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 38, indican que «La reducción en el nivel de ingresos no fue acompañada de la disminución del gasto público local en las mismas proporciones (...) lo cual agravó todavía más los problemas presupuestarios locales, si bien esta situación se fue equilibrando conforme se iba agravando la crisis económica y se hacían más patentes las dificultades para la obtención de recursos. (...) En los últimos años se produjo una crisis económica con implicaciones en todos los ámbitos». GARCÉS SANAGUSTÍN, M. y CONTÍN TRILLO-FIGUEROA, E., «Marco comunitario e internacional de la crisis y su incidencia en el gasto público», PALOMAR OLMEDA, A. (dir.), *La Administración en tiempo de crisis. Presupuestación, cumplimiento de obligaciones y responsabilidades*, Aranzadi, Navarra, 2012, p. 43, «Crisis es un concepto abierto, tributario de la doctrina económica, que advierte la existencia de graves desequilibrios económicos y financieros en un Estado o grupo de Estados. Esos desfases están asociados inevitablemente a etapas recesivas en las que el consumo y la inversión productiva se debilitan, y se agudizan los problemas de financiación».

<sup>192</sup> BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte especial...*, op. cit., pp. 894 y ss.

deben asignarse equitativamente para cubrir el gasto público que se quiera realizar, estableciéndose como norma de principio la necesaria de justicia material que debe presidir la asignación del gasto.

En segundo lugar, como criterios económico-financieros de nivel inferior, que deben regir la realización del gasto público una vez decidido su destino, la programación y la ejecución del gasto deben acomodarse a las reglas de eficiencia y economía.

Esas directrices de naturaleza económica transformadas en regla jurídica no pueden conllevar, en absoluto, el olvido de todas aquellas normas que orientan y encauzan las actuaciones de las Administraciones públicas encargadas de gastar.

De ello es expresión concreta, en el mismo terreno de la actividad financiera, la previsión de que las Administraciones públicas sólo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con las leyes, fundamentalmente con la Ley de Presupuestos.

En cuanto a los principios, debe señalarse que el art. 31.2 de la CE consagra los principios constitucionales en materia de gasto: asignación equitativa de los recursos públicos, eficiencia y economía en la programación y ejecución del gasto público. Todos ellos inciden en la actuación patrimonial, sobre todo, porque la Exposición de Motivos de la LPAP, se refiere en varias ocasiones a la economía y la eficiencia, aunque no lo haga a la asignación equitativa de recursos públicos. En este ámbito, debe establecerse como límite de la actuación patrimonial, la realización de gastos que no sean justos materialmente. Al respecto, señala GARCÍA AÑOVEROS<sup>193</sup> que existen dos orientaciones básicas en la materia: *«la interdicción del gasto inicuo, como la financiación de actividades contrarias a los principios o mandatos constitucionales, tanto si se realizan de un modo directo como mediante subvenciones. La interdicción del gasto que promueva la desigualdad»*. En consecuencia, en ningún caso el gasto que conlleven las actuaciones patrimoniales puede ser inicuo o promover la desigualdad.

La eficiencia y la economía son más fáciles de visualizar porque son objetivos declarados explícitamente por la LPAP, que se refiere en distintas ocasiones a ellos.

---

<sup>193</sup> GARCÍA AÑOVEROS, J., «El presupuesto y el gasto público en la Constitución», *El sistema económico en la Constitución Española, XV Jornadas de Estudio*, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, vol. III, Madrid, 1994, p. 1655.



Puede observarse que en la Exposición de Motivos, se afirma que los bienes y derechos que constituyen el patrimonio deben ser considerados «*como activos que deben ser administrados de forma integrada con los restantes recursos públicos, de acuerdo con los criterios constitucionales de eficiencia y economía*» y que «*se ha prestado una particular atención a articular un conjunto coherente de procedimientos, instrumentos técnicos y potestades de actuación enderezados a conseguir la máxima eficiencia en la utilización de los espacios destinados a alojar oficinas y dependencias administrativas*». En el texto se mencionan la eficiencia y la economía, en primer lugar, como principios inspiradores de la gestión y administración de los bienes y derechos patrimoniales [art. 8.1 a)]. También, en los arts. 156 b) y 158.1 como uno de los principios de la gestión de los edificios administrativos. Finalmente, en el art. 171.1, disponiendo: «*Corresponde al Ministro de Hacienda la fijación de criterios para la gestión de los bienes y derechos del patrimonio empresarial de la Administración General del Estado, de acuerdo con las políticas sectoriales que, en su caso, adopte el Ministerio a que estén vinculados o adscritos o al que corresponda la tutela de las sociedades previstas en el artículo 166.2 de esta Ley, de conformidad con los principios de eficiencia económica en la prosecución del interés público, así como proponer al Consejo de Ministros el otorgamiento de las autorizaciones a que se refiere el artículo anterior*».

Por lo tanto, cuando el art. 31.2 de la CE establece que la programación y ejecución del gasto público ha de adecuarse a los criterios de eficiencia y economía está señalando un límite al gasto realizado en el ámbito de las Administraciones públicas<sup>194</sup>. Dicho gasto, consecuentemente, debe ajustarse a la eficiencia, entendida como la adecuación de los medios al logro de un objetivo determinado, y a la economía en su puro sentido de «*administración recta y prudente de los bienes*». Así, la adquisición a un alto valor de mercado de un inmueble que va a ser afectado al servicio público, existiendo otros disponibles que pueden servir al mismo fin, sería un caso de gasto ineficiente y antieconómico en el que nunca debería incurrir el patrimonio.

---

<sup>194</sup> GARCÍA-MONCÓ, A., «A propósito del régimen jurídico-financiero del patrimonio de las Administraciones Públicas»..., *op. cit.*, p. 210.

## 2.2. LA REFORMULACIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE EL ESTADO Y LA SOCIEDAD

Muchos de los movimientos que se están produciendo en la actualidad son repercusiones de la recomposición de las relaciones entre el Estado y la sociedad<sup>195</sup>. Una nueva correlación que sucede a otras conocidas en Europa en los tres últimos siglos y que explican la formación de diferentes modelos de Estado. Éste es otro de los factores que afecta e influye en el desarrollo de la corriente de valorización.

El modelo del Estado liberal se construye y desarrolla sobre la estricta separación entre el Estado y la sociedad, mientras que el modelo siguiente, del Estado social, se basa en la interconexión e integración de estas dos realidades. De esas relaciones surge gran parte de las instituciones y fórmulas jurídicas de las que disponemos en la actualidad. Las del modelo liberal con la pretensión de contener el poder público y preservar a la sociedad, y las del modelo social, claramente activas por parte del Estado, con la finalidad de corregir los desequilibrios de la sociedad.

Ese modelo de Estado social se ve amenazado, al advertirse que su base, esto es, la pretendida fusión entre el Estado y la sociedad, se ve amenazada.

La singularidad de la transformación es que el Estado no es el protagonista activo, sino que se observa un extraordinario fortalecimiento de la sociedad. En la actualidad, los poderes no se localizan en el Estado, sino en su extrarradio<sup>196</sup>.

Puede advertirse así un fenómeno desarrollado en dos direcciones opuestas, pero relacionadas: por un lado, el fortalecimiento de la sociedad, que está ganando espacios que se tenían como propios del Estado; por otro, la transferencia, por parte de la

---

<sup>195</sup> ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación entre Estado y sociedad*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 18 y ss., advierte «un movimiento de tipo tectónico, una profunda recomposición de las relaciones entre Estado y sociedad que convulsionaba el vasto panorama sobre el que ha descargado la crisis económica, institucional y social que nos atenaza. Una crisis que, en el frente institucional y jurídico, encuentra su explicación de fondo en el desajuste entre el aparato y configuración del Estado, el orden institucional si se quiere denominar así, y la sociedad actual con su peculiar y compleja configuración. Todo indica que nos encontramos ante una nueva correlación entre Estado y sociedad, que no está todavía efectivamente ensamblada y que de esos desajustes derivan toda una serie de disfunciones que se encuentran entre los orígenes de la crisis».

<sup>196</sup> ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación entre Estado y sociedad...*, op. cit., p. 21, afirma: «Es ahí donde mayormente se encuentran, entre otros, el poder económico y financiero, el poder que deriva del conocimiento científico y técnico, el poder que antes se sustentaba en la titularidad sobre servicios públicos o sectores estratégicos, el poder sobre la comunicación y sus infraestructuras, etc.».

sociedad al Estado, de funciones hasta ahora bajo su responsabilidad. La creciente complejidad y los gravosos costes, unidos al limitado acceso al crédito, son algunas de las causas de este fenómeno.

El movimiento sobre la sociedad debe comportar, además, una redefinición de las fronteras de lo público y lo privado, al trasladarse a sujetos privados el ejercicio de funciones públicas.

### **3. LOS FINES PERSEGUIDOS MEDIANTE LAS OPERACIONES DE VALORIZACIÓN**

En cuanto a los fines de la valorización de los bienes públicos, no hay que perder de vista que la misma no pretende sólo la maximización de los beneficios que pueden obtenerse, sino la mejor satisfacción del interés general. La obtención de lucro no es la función esencial estos bienes. La Administración necesita bienes como instrumentos, como soportes físicos para el desempeño y el desenvolvimiento de su actividad, lo que no excluye, sino que comprende, la utilización eficaz de éstos. También la eficacia es una exigencia constitucional y ésta es susceptible de lograrse con rentabilidad económica y social<sup>197</sup>.

La gestión de los recursos públicos debe estar orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público [art. 8.1 a) y b)]. Éstos son criterios de racionalidad económica y, por tanto, auténticos principios o criterios de limitación de las decisiones financieras que tienen como destinataria a la Administración.

En todo caso, en el desarrollo de la explotación económica del dominio público el interés general debe guiar y proporcionar el marco de integración de las preocupaciones y pretensiones financieras, otorgando así legitimidad a la búsqueda de rentabilidad del dominio público<sup>198</sup>. Puede afirmarse que el interés económico y financiero representa un ensanchamiento de la noción de interés general.

---

<sup>197</sup> GALLARDO CASTILLO, M.J., «Aprovechamiento económico y rentabilidad social de los bienes patrimoniales en tiempos de crisis: ¿una cuestión de legalidad o de oportunidad?», *Revista de Estudios Locales, Cunal*, núm. 142, 2011, pp. 36 y ss.

<sup>198</sup> LAGET ANNAMAYER, A., «Occupation du domaine public et intérêt général. D' un pouvoir de gestion étendu des autorités domaniales à une liberté d'action encadrée», *Actualité Juridique en Droit Administratif*, núm. 23, 2003, pp. 1201 y ss., explica que el marco que otorga el interés general para legitimar la búsqueda de rentabilidad del dominio público es lo que hace que las diferencias de éste con el

Los objetivos de la valorización son variados. El máximo rendimiento financiero del patrimonio no es la única finalidad que persiguen las Administraciones públicas mediante las operaciones de valorización, sino que ellas, teniendo siempre como guía el interés público, pretenden también cumplir otros propósitos. Realmente es oportuno que tengan en cuenta otros factores y otras metas, además de la optimización financiera a corto plazo, ya que éstos no tienen por qué ser incompatibles. Por ejemplo, puede procurarse la racionalización de los bienes públicos, de manera que no sólo se provoque una disminución de los costes, sino también un aumento de la satisfacción de los beneficiarios de los servicios públicos. Del mismo modo, las Administraciones públicas pueden fijar objetivos a más largo plazo, como el mantenimiento de sus patrimonios<sup>199</sup>, intentando conseguir que también los sujetos privados participen y colaboren en los costes<sup>200</sup>. La perspectiva puramente policial de las utilidades privadas ha quedado sustituida por otra que asume que los ocupantes del dominio público contribuyen a la óptima explotación del mismo y, por tanto, a la satisfacción del interés general. Esta contribución encuentra como obstáculo la precariedad de los títulos de ocupación, puesto que la falta de estabilidad dificulta que el cálculo de rentabilidad pueda realizarse.

Estos inconvenientes a las ocupaciones privadas deben superarse debido a que el hecho de atraer, mediante el aumento de las garantías, inversores privados a la financiación de las grandes infraestructuras públicas y a la prestación de algunos servicios públicos permite no sólo que los mismos construyan, presten, gestionen y exploten algunas obras o servicios públicos sin computar como gasto público, sino que además los particulares pueden estar más preparados para hacer ver a la Administración cuáles son las necesidades que demanda la sociedad. De esta manera, se puede superar la concepción del dominio público como la aportación o la huella en el ámbito del Derecho público de bienes de un momento de la evolución del Estado contemporáneo caracterizado por su separación de la sociedad, en el que lo público se aísla dentro de

---

dominio privado, cuya característica ha sido siempre la obtención de resultados financieros, sea más tenue.

<sup>199</sup> LAGET ANNAMAYER, A., «Occupation du domaine public et intérêt général...», *op. cit.*, p. 1203, aclara los distintos significados que pueden tener los intereses financieros: búsqueda de obtención de beneficios económicos, ventajas financieras, finalidades lucrativas o pretensión de mejor rentabilidad para los servicios públicos o financiación óptima para los equipamientos públicos.

<sup>200</sup> SPITZ, P.E., «Les nouvelles méthodes de gestion des biens publics...», *op. cit.*, pp. 954 y ss.

unas fronteras más o menos nítidas, al margen de las transformaciones de la actividad económica y social<sup>201</sup>.

Por ello, puede observarse que aunque la valorización tiene una clara pretensión económica (financiar las personas públicas sus propias necesidades y optimizar los beneficios que se pueden conseguir como resultado de la explotación de sus bienes), están presentes otros objetivos de mejora, conservación y reestructuración de los servicios públicos que no deben ser olvidados.

Cuando estamos ante una Administración pública, valorizar no puede significar sólo obtener el máximo beneficio de su patrimonio, sino que también debe suponer explotar, mantener y gestionar sus bienes para poder generar así ingresos adicionales<sup>202</sup> que mejoren los servicios públicos.

Asimismo, la valorización pretende actualizar el Derecho de las propiedades públicas, como consecuencia del actual exceso del régimen de demanialidad pública, que recubre a muchas de las propiedades públicas, combinada con una interpretación inútilmente exigente de este régimen, que elimina muchos intentos de explotación.

Con esta finalidad, se proponen actuaciones en diversos campos que permitan conseguir el pretendido aumento de rentabilización de los bienes públicos<sup>203</sup>:

1. Limitar el campo de la demanialidad pública. El régimen de propiedad aplicable a las Administraciones públicas propietarias debe distinguirse claramente de los regímenes de afectación, que pueden completar y corregir dicho régimen de propiedad. Entre estos regímenes, el de demanialidad pública, con su corolario la inalienabilidad, ha sido desmedidamente entendido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, ocasionando perjuicios para las propias Administraciones públicas propietarias. Por ello, se recomienda limitar la consideración de bienes demaniales en algunos casos, como los edificios administrativos, y repensar el criterio de afectación para asegurar su eficacia.

---

<sup>201</sup> MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I., «Las transformaciones del Derecho público de bienes: del dominio a las cosas públicas», DE REINA TARTIÈRE, G., (dir.), *Dominio público. Naturaleza y régimen de los bienes públicos*, Heliasta, Buenos Aires, 2009, p. 125.

<sup>202</sup> DREYFUS, J.D., en su trabajo «La valorisation par l'État...», *op. cit.*, pp. 969 y ss.

<sup>203</sup> Sobre esta cuestión pueden verse los trabajos de GAUDEMET, Y., «L'avenir du droit des propriétés publiques»..., *op. cit.*, así como el prólogo de la tesis de YOLKA, P., *La propriété publique... op. cit.*

2. Limitar la inembargabilidad a los bienes necesarios para el cumplimiento de algún servicio público o uso público. La formulación del principio de inembargabilidad ha paralizado, en muchas ocasiones, la posibilidad de recurrir al crédito para financiar las inversiones realizadas sobre el dominio público, al no poder ofrecer garantías suficientes a los prestamistas. Considerar que el fundamento de la inalienabilidad no se encuentra en la naturaleza del bien ni en la identidad pública del propietario, sino únicamente en la continuidad del servicio o fin público asegurado a través de los bienes en cuestión, permite eliminar la prohibición de ejecución más allá de lo que requieren las exigencias de continuidad y mantenimiento de la función pública.
3. Realizar y asegurar a un menor coste las inversiones para la valorización del dominio público. Del hecho de que los bienes demaniales sean inalienables se deduce -a veces demasiado rápido- que ningún derecho de propiedad puede ser reconocido al inversor privado sobre las instalaciones que él financia y realiza sobre el dominio público, en aplicación de la autorización de ocupación demanial que le ha sido consentida. Este inversor no puede obtener ninguna garantía real para la financiación ni recurrir al *leasing*. Se ubica aquí el entendimiento -abusivo- de la demanialidad pública y de la prohibición de derechos reales, incluso compatibles con la afectación, pero agravado por el hecho de que esta prohibición es mecánicamente extendida del dominio público a las instalaciones del ocupante, implantadas sobre el mismo, pero financiadas, realizadas y explotadas por él.
4. Facilitar y clarificar las transferencias de gestión y las transferencias de propiedad entre Administraciones públicas. Debe reformularse el procedimiento de cambios en la afectación, que no funciona siempre correctamente, estableciéndose previsiones simples que permitan las transferencias de gestión en el seno del patrimonio de los Entes públicos, con o sin transferencia de propiedad. Asimismo, ha de tenerse presente que lo que convierte al bien en inalienable es la afectación, luego cuando la afectación originaria es sustituida por una nueva prioritaria, no hay razón para oponerse al abandono de la demanialidad pública.

#### **4. EL DOMINIO PÚBLICO ENTRE LA VALORIZACIÓN Y LA PROTECCIÓN: NECESARIO EQUILIBRIO ENTRE AMBAS TENDENCIAS**

##### **4.1. LA CONCILIACIÓN ENTRE LA VALORIZACIÓN Y LA PROTECCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO**

¿Existen formas de proteger el dominio público que permitan simultáneamente valorizarlo o, dicho a la inversa, hay medidas para valorizar que no perjudiquen su protección?

La búsqueda de la valorización del dominio público no puede olvidar, bajo ninguna circunstancia, que debe ser conciliable con la necesaria preservación de los fines públicos que cumplen los bienes y del interés general.

Al respecto, es oportuno traer a colación las palabras de YOLKA<sup>204</sup>, quien llama la atención sobre este necesario equilibrio, cuando afirma: *«À force de valorisation ne pousse-t-on pas le bouchon trop loin? Il est difficile de servir deux maîtres; le tirage entre la “conception domaniale” classique et la nouvelle “conception notariale” commence à se faire sentir. Dynamiser la propriété publique sans dynamiter les exigences d’intérêt général qui l’irriguent, tel est le défi des temps qui viennent»*. Protección y valorización deben ser vistas imprescindiblemente en un sentido complementario y no opuesto o contradictorio.

Una de las manifestaciones más destacables de la imposible desvinculación de la Administración pública y los mecanismos de protección<sup>205</sup>, derivados del deber de cumplimiento de los fines públicos que garantiza el Derecho público, se encuentra en las notorias limitaciones que el ordenamiento jurídico impone a las finalidades de este tipo de bienes sobre el uso y la utilización que puede asignárseles. Así, por ejemplo, la Administración debe conciliar el ejercicio de sus poderes con el respeto de las

---

<sup>204</sup> YOLKA, P., «Réquiem pour la gratuité», *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités Territoriales*, núm. 8, 2007, act. 170.2.

<sup>205</sup> LE CHATELIER, G., «Le procédé de la législation déléguée: cadrage constitutionnel et cadrage par la Loi d’habilitation», *Petites affiches, La Loi*, núm. 147, 23 juillet 2004, p. 23, *«La jurisprudence, tant du Conseil d’État, s’est depuis quelques années largement développée pour témoigner de l’existence d’une protection de nature constitutionnelle sur les propriétés publiques»*. Así, por ejemplo, *«Le Conseil estime en effet que les biens appartenant aux patrimoines publics ne peuvent faire l’objet d’une vente à un prix inférieur à leur valeur, une telle opération méconnaissant à la fois le principe d’égalité et les dispositions de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen relatives au droit de propriété et à la protection qui lui est due»*.

facultades de todo sujeto de utilizar las dependencias del dominio público conforme a los usos que les hayan sido habilitados.

No obstante, las normas<sup>206</sup> no excluyen la compatibilidad entre las finalidades que debe cumplir el dominio público y a las que queda vinculado a través del acto de afectación y la posibilidad de constituir fuentes de ingresos<sup>207</sup>.

Quiere decirse que el patrimonio público normalmente existe para atender una serie de fines sociales y políticos (no financieros), pues el Estado necesita bienes para el desarrollo de las funciones encomendadas, pero también puede suceder que la existencia misma de algunos bienes esté justificada por su carácter rentable. En esos casos, no se debe negar que la gestión patrimonial sea compatible con las finalidades financieras.

Esta existencia de objetivos financieros puede predicarse de todo el ámbito patrimonial público. Sin embargo, se hará con más facilidad en los bienes patrimoniales que en los demaniales, pues estos últimos se han considerado tradicionalmente improductivos. En cambio, admitir la finalidad financiera respecto de los bienes patrimoniales tiene menos dificultad, pues se contemplan esencialmente como fuentes de ingresos públicos.

## 4.2. EL DOMINIO PÚBLICO EN EL ESTADO SOCIAL

La relevancia constitucional otorgada al dominio público, así como su tratamiento protector y garantizador de la institución, son elementos que permiten realizar diversas consideraciones sobre los bienes públicos y su representación en el Estado social<sup>208</sup>. Recordemos que la propia CE es la que establece los principios que

---

<sup>206</sup> Refiriéndose al ámbito urbanístico, CHAPUS, R., *Droit Administratif Général*, Montchrestien, Paris, 2001, pp. 393 et ss., sostiene: «Il y a des raisons d'avancer qu'il existe un ensemble de dispositions, voire de pratiques, qui permettent de protéger et/ou de valoriser spécifiquement le domaine public. Mais elles sont éparpillées au sein du code de l'urbanisme et assez souvent indifférentes à l'égard de la domanialité publique stricto sensu. Ainsi, pour envisager comment le droit de l'urbanisme oscille en permanence entre valorisation mais aussi protection du domaine public, il est possible d'envisager, tout d'abord, comment certaines règles d'urbanisme, indifférentes à la domanialité publique (indifférentes donc au titulaire de la propriété sur le bien) et qui ont quand même pour effet de la protéger et/ou de la valoriser».

<sup>207</sup> GALLARDO CASTILLO, M.J., «Aprovechamiento económico y rentabilidad social de los bienes patrimoniales en tiempos de crisis: ¿una cuestión de legalidad o de oportunidad?», MERINO ESTRADA, V. y PORTILLO NAVARRO, M.J. (coords.), *Crisis económica y Entidades Locales...*, op. cit., pp. 560-561.

<sup>208</sup> FONT I LLOVET, T., «La ordenación constitucional del dominio público»..., op. cit., pp. 3932 y ss.



inspiran el régimen jurídico demanial y califica la demanialidad de determinadas categorías de bienes. En efecto, los bienes demaniales constituyen el supuesto constitucional de máxima distribución de un bien.

En primer lugar, las bases constitucionales sobre las que descansan los principios del sistema económico admiten la coexistencia de diversas formas de asignación y apropiación de bienes y recursos.

En segundo lugar, se establece un sustrato común a los distintos tipos de bienes y recursos: su subordinación al interés general, sea cual fuere su titularidad.

En tercer lugar, hay que tener presente que la relación entre las formas pública y privada de la propiedad en el Estado contemporáneo sufre la siguiente evolución constitucional: a) primacía de la propiedad privada (la propiedad pública no asume históricamente relevancia en la definición básica del sistema económico); b) igualdad o equiparación en el tratamiento constitucional de ambas formas de propiedad,

El simple hecho de otorgar relevancia constitucional al dominio público significa, cuando menos, el reconocimiento de su trascendencia dentro de las instituciones propias del Estado social. El ámbito material del dominio público cuenta con una mayor protección y garantía en nuestro sistema constitucional que el ámbito de la propiedad privada. Esa diferencia de trato obedece a una valoración constitucional del distinto papel que juega cada una de esas instituciones en el conjunto del sistema constitucional. El dominio público tiene una importante consideración como función pública que siempre ha prevalecido. Dentro de un Estado social no puede olvidarse que el dominio público está referido a un conjunto de bienes directamente destinados a una función pública. En otros términos, el dominio público es un instrumento y contenido de una función pública<sup>209</sup>.

Por este motivo, puede afirmarse que mientras la propiedad privada característica del Estado social tiene una función social que delimita su contenido, la propiedad pública en sí misma es función social<sup>210</sup>. La configuración constitucional del

---

<sup>209</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Sobre la imprescriptibilidad del dominio público», en su libro *Dos estudios sobre la Usucapión en Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 135.

<sup>210</sup> FONT I LLOVET, T., «La ordenación constitucional del dominio público»..., op. cit., p. 3934, «Y en realidad lo que distingue a la propiedad pública es que en sí misma constituye una función pública sustantivamente distinta a la función social que delimita a la propiedad privada. El dominio público no sólo tiene una función pública superior en grado de intensidad a la función social de la propiedad privada, sino que, como se ha dicho, es en sí misma función pública». En sentido contrario, LÓPEZ Y

titular del dominio público, esto es, de la Administración pública como institución objetivamente servicial de los intereses generales viene a confirmarlo.

Todo esto, sin embargo, no debe llevar a la errónea conclusión de que en el ámbito del Estado social toda relación pública de puesta a disposición de la colectividad de bienes o recursos materiales ha de encuadrarse bajo el régimen jurídico del dominio público; lo cual no quita que el dominio público juegue también el papel de representar un instrumento de participación o acceso a lo público, a lo estatal. La participación en el Estado social, desde un punto de vista jurídico-material, se realiza por la vía de la puesta a disposición de la colectividad de elementos materiales u objetivos. De esta manera, el incremento de publicación de los medios materiales en que se desenvuelven los procesos económicos y sociales permite consolidar los mecanismos y el grado de participación y de integración de lo privado en lo público.

La implicación de todos los ciudadanos en la vida económica y social, que forma parte del contenido de la obligación constitucional que el art. 9.2 de la CE impone a los poderes públicos en el sentido de promoverla y facilitarla, permite fundamentar la existencia de un principio constitucional de accesibilidad a los medios y a los resultados del proceso económico y, aún, del conjunto de la actividad social.

---

LÓPEZ, Á., *La disciplina constitucional de la propiedad privada...*, op. cit., pp. 79 y ss., rechaza la aplicación de la idea de función social al dominio público, aunque sí la admite para otro tipo de titularidades públicas. Sobre la pregunta de si los bienes demaniales están sometidos en su utilización a la función social, afirma: «No cabe argumentar una simplista respuesta, remitiéndonos a la subordinación del interés general de toda la riqueza de un país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad (art. 128.1 CE), pues quedaría por demostrar que en el caso de la riqueza pública la afección al interés general hubiera de suponer el trámite del cumplimiento de la función social (...). De suyo, el problema ni se plantea en relación con el dominio público. Es más, es harto dudoso que ni quepa calificarlo como de “propiedad” siquiera adjetivada de “pública”. Por mucho que se afirme, como es la tendencia más seguida en la doctrina, que el dominio público, cualquiera que pueda ser su configuración teórica, está concebido en nuestro Derecho positivo no como una relación de poder, sino como una relación de propiedad (según los arts. 338 y 339 C.c., y normas de carácter administrativo como las referidas al régimen local), es bien cierto que el esquema de los poderes del propietario tiene una difícil correspondencia con el conjunto de potestades que ejerce el titular del dominio público sobre los bienes que lo constituyen (...). El ente público aparece más bien en la posición de administrador (lato sensu) de los bienes públicos, por cuenta de la colectividad en orden a la procura de determinados intereses públicos (...). Así las cosas, no es posible eludir el hecho de que es la indagación del fin público subyacente en el ejercicio del derecho de propiedad la que deberá darnos la respuesta. Ello nos aboca a una búsqueda, caso por caso, sobre cuál es la finalidad de la tenencia por el Estado, o el ente público correspondiente (cualquiera que sea su ámbito territorial o institucional) del bien o conjunto de bienes concretos de que se trate. (...) Ahora bien, todo esto no significa la exclusión del principio de la función social; significa cosa muy distinta: la necesidad de una valoración preventiva de los fines de la propiedad pública de los bienes patrimoniales (por otro lado, fácilmente objetivables por su régimen administrativo) antes de examinar su vinculación al principio ex artículo 33.2 CE. En la medida en que aquellos fines no resultan contradictorios, cabe exigir de los entes públicos que acomoden la utilización de sus bienes de dominio privado a los parámetros de la función social».

En el marco del Estado social, la Administración viene, además, obligada a verificar permanentemente la adecuación entre los medios y los fines implicados en la institución demanial, esto es, el grado de satisfacción del interés público que se sirve objetivamente con la predisposición y afectación de unos bienes materiales a un fin de interés general<sup>211</sup>.

Por otra parte, la subordinación de toda la riqueza del país al interés general que predica el art. 128.1 de la CE, sin distinción de titularidades, obliga al titular del dominio público a justificar cumplidamente aquellas decisiones sobre su utilización que pueden significar una restricción irrazonable del principio general de accesibilidad.

El hecho de que el Estado sea un Estado social implica, en suma, que los poderes públicos deben acomodar su actuación a la consecución de unos objetivos socialmente demandados y realmente posibles, previstos por la CE económica. Contenido material y finalista de las actuaciones públicas sobre la esfera socioeconómica, que, a su vez -en atención a la nota del Estado de Derecho-, deberán igualmente regirse por el imperio de la ley y conforme a las reglas de intervención económica previstas en el texto constitucional<sup>212</sup>.

Lamentablemente, son los fines y objetivos del Estado social los que más amenazados se ven, los más difíciles de garantizar en un Estado de crisis económica que afecta muy directamente a las finanzas públicas. Pero son objetivos a los que no se puede renunciar porque se trata de inequívocos mandatos constitucionales y porque más allá de su enunciado literal se trata de preceptos vividos, realizados, de los que se tiene plena experiencia en la sociedad<sup>213</sup>.

El Estado social obliga a que en la explotación de los bienes se tomen en consideración valores diferentes del de la mayor rentabilidad económica, debido a que *«toda la riqueza del país, en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general»* (art. 128.2 de la CE), lo que abre paso a un inmenso abanico de posibilidades que se concretarán en cada caso. Al mismo tiempo, como

---

<sup>211</sup> LÓPEZ GUERRA, L.M., «Las dimensiones del Estado social de Derecho», *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, núm. 38-39, 1980, p. 190, «No basta que un bien recaiga en la titularidad de la Administración para entender cumplida plenamente su función pública y satisfecha la obligación prestacional del ésta. Deben producirse, además, todas aquellas circunstancias de integridad material y de gestión eficiente de los bienes y recursos que requiere y exige su efectiva y real, no meramente formal, afectación».

<sup>212</sup> BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte especial...*, op. cit., p. 866.

<sup>213</sup> ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación entre Estado y sociedad...*, op. cit., p. 26.

desarrollo de este principio se permite, y aún se diría se exige, un alto grado de intervención en la actividad económica por parte de los diferentes poderes públicos en virtud de la habilitación contenida en el mismo precepto. En efecto, como dispone el art. 131.1 de la CE, *«El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la riqueza y su más justa distribución»*.

Por aplicación de los principios del Estado social, máximo grado de apropiación y mayor obtención de rentabilidad económica, no constituyen los criterios básicos que vertebran la regulación de los bienes. Influirán otros criterios derivados de la propia norma fundamental, en donde se impone la obligación de que *«los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales con el fin de mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva»* (art. 45.2 de la CE).

## **5. DIFICULTADES A LAS QUE LA TENDENCIA DE VALORIZACIÓN DEBE HACER FRENTE**

Teniendo en cuenta la necesidad de desarrollo económico del dominio público, que se ha convertido en un instrumento fundamental para la regulación de la economía y que permite a la Administración intervenir sobre todo el sector en el que el mismo aparece, no es conveniente que la rigidez de la demanialidad pública sea mantenida en sus condiciones iniciales, por el riesgo que puede conllevar ésta de comprometer y perjudicar el incremento de colaboración entre el sector público y el sector privado<sup>214</sup>. El lugar esencial que han pasado a ocupar las actividades económicas que se ejercen sobre el dominio público conduce a alterar los principios tradicionales del Derecho demanial que no fomenta, sino más bien desincentiva las oportunidades ligadas a la valorización de los bienes públicos. La dogmática clásica del dominio público ha sido un obstáculo opuesto a la mayor apertura a la financiación y gestión privada de infraestructuras y equipamientos públicos.

---

<sup>214</sup> MUÑOZ MACHADO, S., en su obra *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público...*, op. cit., p. 1314, explica que el Estado puede, además de condicionar sectores económicos completos o mercados específicos, al posicionarse como propietario, usar esa misma situación para intervenir completando la fijación de las reglas a que tienen que atenerse los operadores por actuar pretendiendo relacionarse con dichos bienes o infraestructuras o usarlos.

Justamente por ello, existe actualmente un cierto consenso sobre la desmesurada rigidez de los dogmas de la propiedad pública que manifiestan síntomas de inadaptación, así como un acuerdo sobre la necesidad de reivindicación de respuestas flexibilizadoras<sup>215</sup>. El dominio público no se ha caracterizado por su uniformidad debido a que las características que le son predicables no se encuentran en todos los bienes que lo integran y si lo hacen no tienen la misma intensidad, partiendo de la famosa escala jurídica de la demanialidad formulada por DUGUIT<sup>216</sup>.

La indispensable evaluación periódica de la adecuación de las normas que rigen el dominio público a su ámbito de aplicación muestra que este requisito no siempre se cumple y esta aplicación de las reglas tradicionales a todos los bienes afectados sin analizar su adaptación y conveniencia no harán más que limitar las actividades económicas.

El régimen jurídico de los bienes públicos disuade la iniciativa económica debido a los rigores de un Derecho incompatible con las necesidades normativas del desarrollo económico<sup>217</sup>. Sin embargo, lo que no puede ignorar este reclamo de dulcificación del régimen jurídico demanial es el papel tan importante que cumple la Administración como gestora y garante de los intereses generales. La Administración está investida de una función de tutela, administración o cuidado de los bienes incorporados a la esfera del poder público que debe mantenerse siempre<sup>218</sup>.

No es sencillo superar las viejas concepciones porque existen numerosos obstáculos que perjudican la pretensión de alcanzar los nuevos objetivos de

---

<sup>215</sup> MOREU CARBONELL, E., «Desmitificación, privatización, y globalización...», *op. cit.*, p. 447.

<sup>216</sup> DUGUIT, L., *Traité de Droit Constitutionnel...*, *op. cit.*, pp. 353 y ss.

<sup>217</sup> CAILLOSSE, J. argumenta, en su trabajo «Le Droit Administratif contre la performance publique?», *Actualité Juridique en Droit Administratif*, núm.3, 1999, pp. 195 y ss., que los efectos materiales de la inadaptación de la demanialidad pública a las exigencias de la vida económica tiene como efecto material el desaliento de la inversión porque el dominio público, que no ha sido construido con la intención de servir mejor a las actividades económicas, es sustraído completamente del Derecho de la propiedad privada.

<sup>218</sup> GONZÁLEZ SANFIEL, A.M., en su obra *Un nuevo régimen para las infraestructuras de dominio público*, Montecorvo, Madrid, 2000, pp. 164 y 165, explica que, como ha indicado el Tribunal Constitucional, el dominio público aparece como un instrumento para «asegurar una ordenación racional y socialmente aceptable de su uso o disfrute». Así, la responsabilidad de la Administración en relación a los bienes demaniales comprende esta doble faceta: garantía de la integridad y de la utilización racional.

“valorización” y de optimización de los bienes demaniales. Entre ellos, podemos enumerar<sup>219</sup>:

1. La concepción tradicional del dominio público y su régimen jurídico exorbitante constituyen en ocasiones un obstáculo a una gestión dinámica por parte de las Administraciones públicas de su patrimonio. Esta gestión no puede descansar únicamente en la simple acumulación de bienes, sino que debe modernizarse para permitir una mejor valorización del dominio público e impedir que los principios jurídicos demaniales con una clara finalidad protectora se conviertan finalmente en perjudiciales al no permitir acceder libremente ni financiar las inversiones necesarias.
2. La ausencia de flexibilidad resultante de la aplicación excesivamente incisiva del principio de inalienabilidad y la consecuente hipertrofia del campo del dominio público. El incremento y abuso del criterio del dominio público ocasionó que se calificaran así conjuntos gigantescos de bienes que no habían sido pensados como tales cuando se determinaron los elementos constitutivos del régimen jurídico de estos bienes. Por este motivo y para que las Administraciones públicas puedan adaptar su organización a la evolución de sus fines y a la aparición de nuevos objetivos, se ha propuesto poner fin a la aplicación desmesurada de la citada regla, recordando que el fundamento principal de la inalienabilidad es la afectación del dominio público. La inalienabilidad tiene una única finalidad: proteger y garantizar la afectación.
3. El desconocimiento de los bienes que integran el patrimonio hace difícil el llevar a cabo una gestión competente. Por este motivo, es importante llevar correctamente la contabilidad del patrimonio de las Administraciones públicas, delimitarlo y concretarlo. Es necesario no sólo hacer uso de los inventarios y registros existentes, sino también modernizar estos instrumentos y adaptarlos a las nuevas necesidades.

---

<sup>219</sup> DEBAINS, O., «Les gestionnaires de propriétés publiques: le point de vue de l'État, service des domaines», *La réforme du droit des propriétés publiques, Petites affiches*, núm. 23, *La Loi*, Paris, 2004, p. 29, precisa cuáles son los obstáculos que impiden la optimización y la valorización del patrimonio, considerado factor de producción de servicios públicos, cuya eficacia está garantizada por la Administración.

4. La inexistencia de una estrategia global. En muchas ocasiones las Administraciones públicas no actúan preocupadas por sus bienes, sino que los gestionan aplicando medidas sin saber si son o no las idóneas. Dicha insuficiente atención prestada a las funciones de gestión es negativa. Para mejorar la gestión de los bienes demaniales, hace falta incitar a las Administraciones públicas a profesionalizar estas funciones, así como conseguir que obtengan beneficios de las mismas, no sólo económicos o patrimoniales, sino también sociales.
5. La gratuidad aparente de los bienes demaniales. Para racionalizar su utilización, es preciso asegurarse de que los costes de ocupación son exigidos en función de los distintos tipos de uso.

## **6. ALGUNAS SOLUCIONES ADOPTADAS PARA POTENCIAR EL DESARROLLO ECONÓMICO**

### **6.1. DIFERENTES MODALIDADES ADOPTADAS POR LA CORRIENTE DE VALORIZACIÓN SEGÚN SU CAMPO DE APLICACIÓN**

A la hora de analizar la aplicación concreta de la corriente de valorización, deben distinguirse tres campos diversos, para saber cómo incide la misma en cada uno de ellos.

#### **6.1.1. Valorización en la gestión**

Esta vertiente implica preguntarse y analizar si se desarrolla o no una buena gestión de los patrimonios públicos. ¿Las Administraciones públicas son buenas gestoras de sus bienes?

En este ámbito, hay que detenerse en el análisis de tres planteamientos: el conocimiento de los patrimonios públicos y la redistribución de las propiedades entre las diferentes Administraciones públicas; la adaptación de los instrumentos jurídicos al aseguramiento de la coexistencia en un mismo espacio de propiedades públicas y privadas, y la valorización que tiene lugar a través de las ocupaciones demaniales.

#### ***A) Conocimiento del patrimonio público y redistribución de las propiedades entre las diferentes Administraciones públicas***

A pesar de la existencia de catálogos patrimoniales y registros, aún existe cierto

desconocimiento, por parte de las Administraciones públicas, de su propio patrimonio. La cuestión se complica aún más por el hecho de que numerosos bienes, propiedad del Estado o de los Entes locales, están afectados a un servicio estatal o a la inversa, con la consecuencia de que el ejercicio de los atributos de la propiedad es repartido -con mucha imprecisión- entre el propietario y el encargado de cumplir la afectación.

Por otro lado, debe también tenerse en cuenta que, aunque no siempre se cumpla, los bienes deben distribuirse, entre las distintas Administraciones públicas, siguiendo las mejores exigencias del interés general.

### ***B) Coexistencia de propiedades públicas y privadas***

En la actualidad, nos encontramos cada vez con mayor frecuencia con la coexistencia de propiedades públicas y privadas. Son varias las operaciones complejas que ocasionan la convivencia de volúmenes destinados a explotaciones privadas, especialmente comerciales, y públicas, caracterizadas por una afectación que les supone su calificación como demaniales. El éxito de estas operaciones requiere que los volúmenes destinados a la construcción privada puedan ser cedidos en condiciones que permitan garantizar su *status* jurídico. Deben, por tanto, establecerse relaciones reales entre los propietarios públicos y privados, físicamente solidarios, en un mismo conjunto inmobiliario.

El estado actual de la cuestión no deja de plantear ambigüedades. En algunos supuestos no existe ninguna dificultad para organizar la coexistencia de propiedades privadas y dependencias demaniales. De hecho, existen instrumentos jurídicos que permiten estas operaciones, por ejemplo, el derecho de superficie. Sin embargo, a menudo hay dependencias demaniales implicadas en la operación, en las cuales el principio de inalienabilidad tiene como consecuencia la prohibición y obstaculización de dichos instrumentos, por lo que de poco sirve su existencia, si no pueden ser utilizados.

#### **6.1.2. Valorización financiera a través de las ocupaciones demaniales**

Las ocupaciones demaniales que implican exclusión por el beneficiario de los restantes sujetos privados deben ser expresamente autorizadas por un acto administrativo y conllevar el pago de una contraprestación. Los principios aplicables a esta tasa o canon comprenden el carácter revisable y la determinación de su cuantía,



principalmente, en función de las ventajas obtenidas por el ocupante. De esta manera, se logra la obtención de ingresos financieros como consecuencia de la posible utilización privativa del dominio público.

Conviene nuevamente insistir en que la misma no se hará a cualquier precio, sino que será promovida cuando sea compatible con la afectación. Por ello, estas reglas deben ser mantenidas, pero cerciorándose de que exista un mejor conocimiento de los beneficios financieros procurados por las mismas, es decir, de los ingresos que producen, pero también de la conformidad de éstos con la afectación.

Al respecto, deben realizarse dos consideraciones. En primer lugar, a la hora de atribuir los títulos que habilitan la ocupación demanial, las Administraciones públicas deben excluir todo comportamiento que pudiera ser atentatorio de los principios de libre concurrencia. En segundo lugar, podría permitirse la cesión parcial del título durante su vigencia, pues esta posibilidad añadiría valor a la ocupación y permitiría actualizar y mejorar la gestión demanial<sup>220</sup>.

### **6.1.3. Valorización por inversión y fomento de la financiación privada**

La valorización de los bienes públicos tiene lugar en numerosos supuestos, gracias a nuevas o mejores financiaciones. En consecuencia, ha de plantearse en cada caso la opción entre una financiación pública y una financiación externa, es decir, mediante el llamamiento a fondos privados, a través de fórmulas de colaboración, como las concesiones de servicio público o los nuevos contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. Esta idea será ampliada al estudiar, en el Capítulo octavo, los diferentes tipos contractuales que pueden servir a esta finalidad.

No siempre será sencillo encontrar -ni habrá- una respuesta clara al respecto. Algunas veces, las Administraciones públicas serán las mejores posicionadas para financiar ciertas inversiones, mientras que otras, será la externalización el procedimiento más adecuado.

---

<sup>220</sup> El Consejo de Estado francés, en su Dictamen de 8 de junio de 2000, publicado en *Actualité Juridique en Droit Administratif*, 2000, p. 758, defiende esta posibilidad, afirmando al respecto: «*Les titulaires d'autorisation d'occupation privative du domaine public ont la possibilité, sauf disposition contraire de leur titre, de demander à l'administration gestionnaire du domaine l'autorisation de céder ce titre, en tout ou partie. L'autorisation du gestionnaire du domaine ne peut être refusée que pour des motifs pris de l'insuffisance des capacités techniques ou financières du cessionnaire pressenti. Les modalités de la cession sont, le cas échéant, précisées par décret en Conseil d'État, en particulier celles relatives à une cession partielle du titre*».

En todo caso, sí parece conveniente establecer relaciones contractuales entre los sujetos públicos y privados que permitan beneficiar a estos últimos.

La opción de ofrecer, a los sujetos privados, garantías sobre activos, bienes y propiedades públicas aporta ventajas desde dos puntos de vista. Por un lado, disminuye el coste del crédito. Por otro, facilita la inversión en condiciones adecuadas de seguridad jurídica. El Derecho demanial no es en este ámbito completamente satisfactorio. En efecto, el principio de inembargabilidad de los bienes demaniales, -e incluso patrimoniales afectos-, prohíbe la constitución de garantías, disponiendo que en caso de realización de las mismas, los bienes no pueden ser ejecutados.

Esta previsión no es beneficiosa para las Administraciones públicas al impedirles la obtención de financiación. Por ello, sería conveniente limitar la aplicación de esta regla, manteniendo siempre el respeto a la afectación y afirmando que los bienes muebles o inmuebles pertenecientes a las Administraciones públicas y necesarios para la continuidad de una actividad de interés general no puedan ser objeto de una medida de ejecución forzosa.

## **6.2. INSTRUMENTOS UTILIZADOS PARA CONSEGUIR UNA MAYOR RENTABILIZACIÓN**

### **6.2.1. Introducción**

Como se ha afirmado, para los sujetos privados, el objetivo principal de las actividades que realizan es su interés personal y el beneficio particular, mientras que para los sujetos públicos es la búsqueda de la maximización del bienestar social. De esta manera, los particulares sólo centran sus objetivos en la búsqueda del beneficio privado o individual; a diferencia de los públicos, que pretenden conseguir la mejor satisfacción del interés general, con la finalidad de mejorar también el bienestar social. Por este motivo, cuando existe propiedad pública, la finalidad perseguida tiene que tener en cuenta dos consideraciones: principalmente, la utilidad que la sociedad recibe del consumo o disposición del bien, pero asimismo los beneficios financieros que la actividad en cuestión genera en la sociedad<sup>221</sup>.

---

<sup>221</sup> BEL I QUERALT, G. y ESTRUCH MANJÓN, A., «Liberalización, privatización, desregulación», RUIZ OJEDA, A. (dir.), *Fundamentos de regulación y competencia (diálogo entre Derecho y Economía para el análisis de las políticas públicas)*, Iustel, Madrid, 2013, p. 183.

Con el fin de conseguir sus propósitos, la corriente de valorización pretende adoptar diversas medidas, que comprenden, en primer lugar, la redefinición del dominio público, con la necesaria limitación del mismo, así como del principio de inalienabilidad, aplicándolo a los bienes que estrictamente necesitan de esta nota para la continuación de una actividad de servicio público o para el cumplimiento de alguna finalidad pública.

Debería sustituirse el dualismo dominio público-dominio privado, el cual es reductor de la realidad, para pasar, ciertamente, a hablar de regímenes de demanialidad pública y de regímenes de propiedad privada, cada uno justificado y construido en función de las exigencias de la utilidad pública del bien al cual se aplique. Estos regímenes de afectación pueden incluso sucederse en el tiempo en un mismo bien.

Asimismo, ha de otorgarse la importancia correspondiente a las nuevas formas contractuales, tales como el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, las cuales aceleran el proceso de modernización de las infraestructuras públicas y fomentan la inversión del sector privado en nuestro país.

Con estos fines, puede afirmarse que será preciso utilizar diversos instrumentos, de los que conviene indicar algunas características comunes.

1. Deben permitir mejorar el conocimiento del dominio público.
2. Han de tener en cuenta la naturaleza de los derechos reconocidos a los ocupantes del dominio público y reforzar sus garantías para una mejor financiación de las obras públicas.
3. Tienen que intentar mejorar la aplicación en ciertos casos de las reglas generales de concurrencia en la atribución de autorizaciones demaniales.
4. Implican la utilización de contratos que favorezcan la valorización, como, por ejemplo, el contrato de concesión de obra pública o el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

Las herramientas empleadas para el fin de valorización o rentabilización del dominio público son variadas. Por este motivo, cada una de ellas será analizada separadamente para saber cómo ayudan a la mejor explotación y al aumento de ingresos.

La primera forma tradicional consiste en devengar, por la utilización de los bienes, una tasa o canon, que deben abonar los usuarios. El uso de los bienes demaniales no es necesariamente libre en todos los supuestos, sino que cabe cobrar, en ciertas circunstancias, una determinada cantidad.

Otro medio que también debe citarse es la valorización gracias a las inversiones en las cuales colabora el sector privado que permiten la realización de equipamientos o infraestructuras, aumentando el valor intrínseco de los bienes y para la colectividad.

Otra de las modalidades de valorización más importantes, consiste en permitir la realización de operaciones inmobiliarias complejas, construcciones privadas sobre o debajo del dominio público, y aplicarles regímenes jurídicos diferentes, no necesariamente el demanial.

Finalmente, la hipótesis de la valorización del bien por su enajenación, que es un supuesto más extraño, que también debe ser citado. Las Administraciones públicas pueden evidentemente vender un bien que formara parte del dominio público, pero haya devenido inútil.

### **6.2.2. Las tasas devengadas por la utilización del dominio público**

La manifestación más tradicional de la valorización tiene lugar a través de las ocupaciones del dominio público, ya que los usos que se lleven a cabo sobre él permiten obtener una ganancia y disfrutar de las mejoras realizadas por los ocupantes<sup>222</sup>. Los operadores privados proporcionan un desarrollo financiero de los bienes públicos gracias a la ocupación.

Nuestro Derecho admite tres tipos diferentes de utilización del dominio público: uso común, uso especial y uso privativo<sup>223</sup>, pero son los dos últimos los que permiten

---

<sup>222</sup> GONZÁLEZ RÍOS, I., *El dominio público municipal: régimen de utilización por los particulares y compañías prestadoras de servicios*, Comares, Granada, 2001, señala en la presentación de su obra, referido al ámbito local, que el hecho de analizar el régimen de utilización de los bienes de uso público, tiene su fundamento en reivindicar la correcta explotación económica de este tipo de bienes, que puede suponer una importante fuente de ingresos.

<sup>223</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., «Notas sobre el régimen general del dominio público», en *Derecho de los bienes...*, *op. cit.*, p. 99, precisa al respecto: «El régimen general de utilización de los bienes (...) obliga a realizar dos tipos de diferenciaciones: la utilización que realice la Administración, que, en principio, requerirá como título habilitante la reserva dominial y las utilizaciones que realicen los particulares, en cuyo caso nos encontraremos tres tipos de usos que recoge el art. 85 LPAP: uso común, que es el que se realiza de forma indistinta por parte de los ciudadanos, uso común especial; para

efectuar una valorización o rentabilización de los bienes, al poder conllevar sus títulos habilitantes la exigencia de una contraprestación o el pago de una tasa. El carácter económico de la tasa por ocupación del dominio público confirma la valorización perseguida.

Ciertamente, las autorizaciones y las concesiones pueden ser otorgadas a título gratuito, con el requisito de pago de una contraprestación o de condiciones, o estar sujetas al pago de una tasa, canon o impuesto por la utilización privativa o el aprovechamiento especial de unos bienes demaniales determinados, que generan, de esta manera, la obtención de ingresos. La concepción según la cual el dominio público constituye una riqueza económica que las Administraciones deben explotar se manifiesta no sólo en la regulación establecida para el uso de este dominio, teniendo en cuenta motivaciones diversas, sino también en los ingresos percibidos por el uso llevado a cabo por los particulares. No obstante, debe tenerse en cuenta que en estos supuestos no es el criterio económico y de rentabilidad el prevalente en estos casos, sino que existen también criterios de interés general que pueden imponer una reducción de las tasas e incluso su supresión.

Por ello, siempre que las utilizaciones que efectúan los particulares sobre el dominio público no obstaculicen ni entorpezcan la finalidad principal del mismo (en ese caso deben ser calificadas como anormales<sup>224</sup> y, consecuentemente, prohibirse), éstas pueden concurrir y colaborar en la valorización.

Los tributos consiguen así la obtención de ingresos y de recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos.

### **6.2.3. Las cesiones gratuitas**

La LPAP señala que los bienes y derechos patrimoniales de la Administración General del Estado pueden ser cedidos gratuitamente, para la realización de fines de utilidad pública o interés social de su competencia, a las Comunidades Autónomas, Entes locales, fundaciones públicas o asociaciones declaradas de utilidad pública. Igualmente, a Estados extranjeros y organizaciones internacionales en el marco de operaciones de mantenimiento de la paz, cooperación policial o ayuda humanitaria y para la realización de fines propios de estas actuaciones.

---

*aquellos casos en los que concurren circunstancias de especial intensidad o peligrosidad o circunstancias de otro tipo y, por el último el uso privativo».*

<sup>224</sup> Los usos anormales son aquéllos contrarios al destino o finalidad habitual de los bienes, que pueden ser admitidos siempre que no impliquen un menoscabo a la afectación.

Objeto de cesión en uso o propiedad pueden serlo bienes y derechos patrimoniales, siempre que concurren una serie de circunstancias, y que la causa de la cesión sea el servicio a una serie de fines relacionados con el interés general. Como se precisará más adelante, estas cesiones deben ser utilizadas únicamente cuando cedente y cesionario son Administraciones públicas, pero no cuando estemos ante otra clase de sujetos.

#### **6.2.4. La división en volúmenes del dominio público**

Ampliando las modalidades de ocupación, el Urbanismo permitió la segregación vertical de parcelas mediante el derecho de superficie, que aporta numerosas ventajas, como se reflejará en el séptimo Capítulo.

El derecho de superficie que recae sobre una finca ajena o parte de ella origina facultades de uso, goce y disfrute con la extensión e intensidad del propietario. Al utilizar esta institución, la Administración pública no ejerce una vigilancia directa, sino que sólo impone condiciones que aseguren la reversión de la edificación. El derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas.

#### **6.2.5. La constitución de derechos reales**

Cuando la constitución de derechos reales civiles sobre el dominio público no perjudica la afectación ni el destino del bien así gravado, no existe inconveniente para su admisión.

La precariedad, las limitaciones temporales y las que resultan de la policía demanial para los ocupantes privativos del dominio público que soportan su derecho en un título autorizatorio o concesional se ven disminuidas gracias a esta tendencia. En efecto, la precariedad e inseguridad que caracteriza a las autorizaciones de ocupación del dominio público ocasionan serios inconvenientes a los titulares de las mismas.

En este contexto destaca singularmente el hecho de que para paliar esta situación, una de las soluciones que ha sido adoptada en otros ordenamientos jurídicos,

consiste -precisamente- en el reconocimiento de derechos reales sobre el dominio público desmembrados del derecho de propiedad, a favor de un particular<sup>225</sup>.

Debe recordarse que, según la concepción tradicional, la inalienabilidad de los bienes demaniales ha sido considerada como una prohibición a la constitución de derechos reales sobre el dominio público, esto es, la imposibilidad de constituir derechos reales sobre el dominio público ha sido entendida como una consecuencia lógica y necesaria de la inalienabilidad del mismo<sup>226</sup>.

#### **6.2.6. Los contratos**

Como ha podido advertirse, los problemas de índole financiero que tienen las Administraciones públicas, las restricciones presupuestarias que sufren, la necesidad de cumplir con el principio de estabilidad presupuestaria, el aseguramiento de una eficiente aplicación de los recursos públicos y la creciente demanda de infraestructuras por parte de los ciudadanos ha ocasionado la utilización o adaptación de instrumentos por parte de los entes públicos, que se caracterizan por una fuerte colaboración entre el Estado y los ciudadanos, con vistas al cumplimiento de objetivos de interés general.

Ésta es una de las vertientes principales de esta tendencia de valorización: la contención de la expansión de la demanialidad en el ámbito de la obra pública, para permitir operaciones de financiación privada de infraestructuras.

Desde la perspectiva de la contratación, estas fórmulas se materializan en contratos atípicos que han conocido un gran desarrollo en la práctica, aunque ha de reconocerse que en éste ámbito la legislación ha caminado muy por detrás de la realidad, lo que ha tenido que ser mitigado con la utilización sesgada y parcial de cláusulas generales y tipos contractuales administrativos.

En este ámbito, debe señalarse que los contratos administrativos son unas de las herramientas empleadas para tal fin. Por ello, respondiendo a estas necesidades se ha ido formando la legislación especial de contratos administrativos, aplicable a los contratos que celebran cualesquiera de los organismos, integrados en el sector público,

---

<sup>225</sup> GAUDEMET, Y., «Les droits réels sur le domaine public», *Actualité Juridique en Droit Administratif*, núm. 20, 2006, pp. 1095 y ss.

<sup>226</sup> YOLKA, P., *La propriété publique...*, *op. cit.*, p. 397. La noción de inalienabilidad debe entenderse en un sentido general como la «*qualité juridique d'un bien ou d'un droit qui ne peut être valablement l'objet d'une aliénation*» y en un sentido administrativo como «*le caractère des biens composant le domaine public et qui s'oppose à ce que les dépendances de celui-ci puissent faire l'objet d'une aliénation volontaire ou forcée ou d'une constitution de droits réels civils au profit des particuliers*».

relacionados en el art. 3 del texto legal, con clara influencia de la normativa comunitaria, que en la materia que nos ocupa, se ha elaborado y reformado, en el marco de una gran operación de liberalización de la contratación pública.

Aquí destaca la utilización de fórmulas novedosas por parte de los entes públicos que se agrupan bajo la expresión de colaboración público-privada.

Estas fórmulas de colaboración se apoyan en la externalización en terceros para la obtención de bienes y servicios por parte de las Administraciones públicas. Las mismas hacen referencia a una pluralidad de situaciones, unas que dan lugar a la formulación de relaciones contractuales, otras a vínculos de naturaleza institucional<sup>227</sup>.

El beneficio o ventaja que representan estas modalidades contractuales se concentra en el plano presupuestario, pues la financiación privada de infraestructuras públicas reduce significativamente el gasto, contiene la presión fiscal directa y no repercute en el déficit público, todo lo cual permite el mejor ajuste de los objetivos adoptados por las instituciones europeas para la aplicación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento.

---

<sup>227</sup> HERRANZ EMBID, P., «Régimen general de las obras públicas», GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (coord.), *Derecho de los bienes públicos...*, op. cit., pp. 252-253 señala que «constituye, sin duda, la idea fuerza más relevante en materia de provisión de infraestructuras, cuya materialización no está exenta de riesgos, tal y como ha señalado la propia Comisión Europea. La Comisión Europea ha indicado que las Administraciones públicas son un instrumento atractivo, en pleno auge en muchos sectores, pero cuyo éxito depende de la presencia de ciertos factores o condiciones: proyectos de dimensión reducida, proyectos cuya dimensión y riesgos son fáciles de calcular, autopistas, puentes o aeropuertos (...). Está claro que no se pueden presentar como una solución milagro para el sector público, agobiado por las presiones presupuestarias. Nuestra experiencia demuestra que una Administración pública mal preparada puede dar lugar a costes muy elevados para el sector público».





**CAPÍTULO III. LA COMPATIBILIDAD ENTRE LA  
VOLUNTAD DE VALORIZAR EL DOMINIO PÚBLICO Y  
EL RESPETO A LA AFECTACION**



## **1. LA REGLA DE LA AFECTACIÓN COMO CLAVE DE LA DEMANIALIDAD PÚBLICA**

### **1.1. EL INICIO DE LA DEMANIALIDAD: LA AFECTACIÓN**

#### **1.1.1. El concepto de afectación y su relación con la corriente de valorización**

Como se ha señalado, las Administraciones públicas disponen de un patrimonio destinado a permitirles su funcionamiento, cumplir las misiones que les son encargadas y gestionar sus inversiones. Ese patrimonio, que reagrupa el conjunto de bienes públicos, está llamado a desarrollarse.

Dicha voluntad de los propietarios de desarrollar y rentabilizar o valorizar económicamente la propiedad, que es la corriente cuyo estudio abordamos, debe tomar como punto de partida el hecho de que la afectación a una utilidad pública fija un régimen especial de protección del dominio público, dirigido al cumplimiento de sus exigencias, pero ceñido también a los requerimientos de la misma. La afectación es la única consecuencia de una decisión, tomada por las Administraciones públicas<sup>228</sup>, en la elección del destino de un bien<sup>229</sup>, que agrupa un aspecto negativo, la exclusión de la propiedad privada; junto a otro positivo, la habilitación mediante títulos jurídicos de actuación a través de los cuales las diferentes Administraciones públicas ejercen las

---

<sup>228</sup> FRANCH I SAGUER, M., «Afectación y desafectación de los bienes y derechos públicos», CHINCHILLA MARÍN, C. (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio...*, op. cit., p. 383, precisa que, a pesar de que la decisión se tome por las Administraciones públicas, la afectación no es, ni debe ser una elección de la Administración. La existencia de los requisitos de titularidad pública de un bien y de afectación hacen que automáticamente debamos hablar de dominio público.

<sup>229</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General*, vol. II, Iustel, Madrid, 2009, pp. 545 y ss., «La afectación es la destinación del bien a un fin público concreto».

funciones que les corresponden en función del sistema de distribución de competencias<sup>230</sup>.

Por ello, se sostiene que la afectación es el criterio central<sup>231</sup> (constituye la figura esencial de la teoría general del dominio público<sup>232</sup>) y el elemento teleológico<sup>233</sup> de los bienes demaniales<sup>234</sup> (la estrecha ligazón con la idea de fin o destino explica que la afectación sea identificada con este término), que debe ser la que indique cuándo es posible rentabilizar y cuándo no, y en qué medida hacerlo. Implica la voluntad de destinar unos bienes a una finalidad pública<sup>235</sup>, es decir, supone la vinculación de un bien o derecho a un uso o servicio público y aporta seguridad jurídica, al conllevar una identificación del bien que se destina a un fin público y la aplicación del régimen jurídico correspondiente a la importancia del mismo<sup>236</sup>.

---

<sup>230</sup> MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I., «Las transformaciones del Derecho público de bienes...», *op. cit.*, p. 127.

<sup>231</sup> Afirman numerosos autores que la afectación es el «*criterium esencial en torno al cual gira toda la institución del dominio público*». Entre otros, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Sobre la imprescriptibilidad del dominio público», *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>232</sup> MEILÁN GIL, J.L., *Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, pp. 291 y ss., defiende que, ciertamente, una de las claves del sistema demanial es el concepto de afectación, que se refiere al uso o destino de un bien, y es determinante de su naturaleza y régimen jurídico.

<sup>233</sup> FONT I LLOVET, T., «La ordenación constitucional del dominio público»..., *op. cit.*, p. 3925, indica que la idea base que define la afectación incorpora un elemento teleológico, puesto que aquella consiste en la destinación, en la vinculación o adscripción del bien demanial a un fin. El contenido material de la afectación es muy variable. Su carácter teleológico admite que el objetivo que se asigna con ella a los bienes públicos difiera en cada supuesto. El único rasgo común es la naturaleza pública de la finalidad. MERCÈ DARNACULLETA I GARDELLA, M., Voz «Afectación, desafectación y mutaciones demaniales», GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (coord.), *Diccionario de obras públicas y bienes públicos...*, *op. cit.*, p. 52, «*El análisis de este elemento plantea la cuestión de cuáles sean los fines o destinos que lo justifican. Para ello es necesario, por un lado, conocer las cuales de afectación previstas legalmente y, por otro lado, cuestionarse acerca de la existencia de límites a la misma*».

<sup>234</sup> BALLBÉ MALLOL, M., «Concepto de dominio público»..., *op. cit.*, pp. 25 y ss.

<sup>235</sup> PAREJO ALFONSO, L., «El régimen jurídico legal general de los bienes públicos», PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, L., (dirs.) *Derecho de los bienes públicos, vol. I...*, *op. cit.*, p. 174, explican: «*La afectación al uso general, a un servicio público o al fomento de la riqueza nacional - art. 5.1 LPAP- es, concretamente, el acto de Derecho público que determina i) la vinculación de un bien de una Administración territorial a un fin (uso o servicio) de interés público e ii) integra dicho bien en el dominio público (le hace adquirir tal condición y mantiene ésta mientras siga vigente) (art. 65 LPAP). Dado que los intereses generales y, por tanto, los fines determinantes de la vinculación no son necesariamente incompatibles entre sí, la afectación tampoco es necesariamente excluyente*».

<sup>236</sup> COLOM PIAZUELO, E., «La inembargabilidad de los bienes de las Entidades locales después de la STC 166/1998, de 15 de julio, (RTC 1998/166). Reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo y la legislación aprobada con posterioridad», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 4/2000, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 18 y ss.

Puede definirse como el mecanismo específico en virtud del cual la cosa en sentido jurídico-civil pasa a quedar sujeta al estatuto o régimen jurídico propio del dominio público. Rigurosamente, la afectación o *publicatio* explica, justifica y mide el conjunto de las particularidades dogmáticas del dominio público. Como manifestación de una potestad pública, vincula un bien a uno de los fines, destinos o utilidades<sup>237</sup> que, según la ley, determinan su entrada al régimen jurídico del dominio público<sup>238</sup>.

En otros términos, la afectación es el dato decisivo para la inclusión de un bien en la categoría de dominio público y la aplicación del régimen jurídico correspondiente. Es una decisión del poder público, el ejercicio de una potestad, que pretende la protección de los objetivos propios de la Administración, para que puedan servir a los fines para los que han sido diseñados. Esta acción o efecto de dar a un bien del que es titular una Administración pública un destino provoca la incorporación de aquél al régimen de dominio público<sup>239</sup>.

La expresión afectar, en este sentido, es sinónimo de destinar<sup>240</sup>, cuando este destino es determinante de la calificación de dominio público del bien. Por ello, será

---

<sup>237</sup> La legislación del patrimonio y de los bienes del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades locales, contiene diversos preceptos que se refieren a las causas de afectación. Dicha legislación considera que son bienes de dominio público aquéllos destinados a un uso público o a un servicio público. La destinación de un bien a un uso público comporta su utilización abierta, libre, gratuita y de forma igualitaria por parte de todos los ciudadanos. La destinación a un servicio público es la propia de aquellos bienes de la Administración que, a pesar de no ser bienes de uso común, se caracterizan por su consideración como elementos esenciales para la prestación de un servicio público. Sin embargo, la relación de destinos determinantes del carácter demanial es más amplia. El art. 339 del C.c. considera que son bienes de dominio público los destinados a un uso público y a la prestación de un servicio público, pero también aquellos destinados al fomento de la riqueza nacional o a las necesidades de defensa del territorio.

<sup>238</sup> Ello no quiere decir que toda afectación atribuya la condición demanial, incluso aunque la utilidad pública esté presente. Así lo indica, entre otros, FUENTES BODELÓN, F., *Derecho Administrativo de los bienes...*, *op. cit.*, p. 74.

<sup>239</sup> CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., «De la romana institución de la *publicatio* a la actual noción de afectación», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 96, 1997, pp. 525 y ss., define la *publicatio*, precedente de la afectación «como el acto administrativo realizado por la autoridad pública romana competente, mediante el cual una cosa quedaba afectada o destinada al uso público». Este mismo autor explica que la afectación es, en efecto, la *consecratio*, *dicatio* o *publicatio* romanas, el instrumento que determina el momento y asegura el mantenimiento de la real conexión, de todas y cada una de las concretas y específicas cosas en sentido jurídico-civil, a un determinado destino público, para cuya salvaguarda tiene lugar precisamente la aplicación del estatuto demanial.

<sup>240</sup> SAINZ MORENO, F., «El dominio público: una reflexión sobre su concepto...», *op. cit.*, pp. 447 y ss., argumenta que el contenido sustancial de la afectación viene centrado en la vinculación, en tanto en cuanto afectar significa, en general y desde la perspectiva jurídica, la unión o destino, lo que en este concreto campo del Derecho administrativo, y referido a los bienes y derechos de las Administraciones

necesario determinar qué fin es el que hace penetrar un bien en el régimen del dominio público y cuál no<sup>241</sup>.

Así, puesto que la consecuencia de la afectación es la inclusión de determinados bienes en una categoría legal y la lógica aplicación del régimen jurídico propio de ésta, los bienes de titularidad pública que no resulten afectados a un uso o a un servicio público tienen la consideración de bienes patrimoniales<sup>242</sup>. El art. 65 de la LPAP establece que *«la afectación determina la vinculación de los bienes y derechos a un uso general o a un servicio público, y su consiguiente integración en el dominio público»*.

Desde otro punto de vista, la afectación, criterio definitorio del dominio público, unifica la institución del dominio público, no obstante la heterogeneidad de los titulares, de los bienes y de los destinos.

El art. 132 de la CE, en su apartado primero, sólo alude a ella de manera indirecta, cuando reserva a la ley la regulación de la desafectación<sup>243</sup>. Ello indica que el texto constitucional da ya por supuesto que la afectación es una característica implícita en la noción de dominio público que el mismo adopta. Más aún, la reserva de ley que recae sobre la desafectación no hace sino aumentar la perspectiva garantizadora de la institución demanial y el papel estructurante que en ella juega la afectación, por cuanto queda así reservada a la ley. Pero también, al mismo tiempo, la afectación es una potestad pública; potestad de incorporar un bien, o una categoría de bienes, al dominio público con el inmediato efecto de excluirlo del tráfico jurídico-privado y, en consecuencia, de toda posibilidad de ser objeto de propiedad privada.

---

públicas, se traduce en la vinculación de estos bienes y derechos a dos concretos objetos: el uso general y el servicio público.

<sup>241</sup> CLIMENT BARBERÁ, J., «Afectación, desafectación y mutación de destino de los bienes y derechos (artículos 65 a 72)», MESTRE DELGADO, J.F. (coord.), *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre ...*, op. cit., p. 713, *«De este modo, el problema del concepto de la afectación en el dominio público se desplaza, pues, de la consideración de la simple afectación como destinación de un bien, a la determinación de qué destino será el que provoque la incorporación del bien afectado al dominio público»*.

<sup>242</sup> La LPAP claramente lo establece, en sus arts. 4 y 5, cuando afirma que *«por razón del régimen jurídico al que están sujetos, los bienes y derechos que integran el patrimonio de las Administraciones públicas pueden ser de dominio público o demaniales y de dominio privado o patrimoniales»* y que *«son bienes y derechos de dominio público los que siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público, así como aquéllos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales»*.

<sup>243</sup> El precepto señala: *«La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación»*.

En la actualidad, la figura está inmersa en una compleja problemática en la que se entremezclan implicaciones económicas y organizativas<sup>244</sup> que encuentran como último punto de referencia operaciones de carácter político. Se puede apreciar la entidad económica ínsita en la actividad administrativa de afectación de bienes al dominio público. Ésta provoca no sólo la movilización de importantes inversiones para la realización material de obras, sino que afecta a la situación jurídica y, especialmente, a la titularidad de los bienes sobre los que incide.

### **1.1.2. Los modos de afectar bienes y derechos**

#### ***A) Clases de afectación en la LPAP***

El momento en que ha de entenderse producida la afectación es, sin duda, una cuestión fundamental, puesto que de su determinación depende la aplicación del régimen jurídico demanial, a un bien determinado o a una categoría de ellos<sup>245</sup>.

Según se desprende del art. 66 de la LPAP, existen diversos tipos o clases de afectación, pues dicho precepto, bajo el epígrafe «*Forma de la afectación*», recoge los diferentes modos de establecer una vinculación demanial.

Existen diversas formas o categorías de afectación, que seguidamente precisaremos, distinguiendo claramente la efectuada por el legislador de la que tiene lugar a través de un acto de la Administración, expreso o presunto, y ésta última, a su vez, de la que se deduce de determinadas situaciones de hecho.

La naturaleza del bien es la que justifica que la afectación se haga de una determinada manera: por la CE, por la ley o por la Administración en aplicación de la ley, genérica o individualmente.

---

<sup>244</sup> ESTEVE PARDO, J., «Consideraciones sobre la afectación de bienes al servicio público a partir de las llamadas afectaciones “a non domino”»..., *op. cit.*, p. 181, indica que la afectación de bienes al servicio público tiene una gran trascendencia por cuanto los sitúa en un orden o régimen jurídico singularizado, entre otros aspectos, por la protección que se les dispensa frente a pretensiones de terceros; protección que se concreta en el otorgamiento de una valoración preeminente siempre y excluyente en muchos casos de la afectación de bienes al servicio público frente a derechos cuyo ejercicio pudiera derivar en una sustracción o desvío de los bienes que incidiera negativamente en la prestación continuada y regular del servicio.

<sup>245</sup> ESTEVE PARDO, J., «Consideraciones sobre la afectación de bienes al servicio público a partir de las llamadas afectaciones “a non domino”», *Revista de Administración Pública*, núm. 113, 1987, pp. 185 y ss.



Esa misma naturaleza permite diferenciar entre los bienes afectados de forma genérica al dominio público, en virtud de una ley o de la Constitución, y los bienes que resultan afectados de forma singular por cualquier otro medio. Los primeros, aquéllos que pueden ser definidos por sus características homogéneas por constituir una especie o género, son, principalmente, los recursos naturales que integran el denominado dominio público natural, mientras que los segundos, aquéllos que deben ser afectados de forma singular, forman parte del dominio público artificial.

***A) 1. Afectación por ley (ex lege) o derivada de una norma con rango legal***

De acuerdo con el art. 66.1 de la LPAP, cabe, en primer lugar, determinar la entrada de un bien en el demanio mediante la aprobación de una norma con rango legal que así lo indique, constituyéndose éste en mecanismo preferente cuando se trate de integrar categorías enteras de bienes. La propia CE determina, en algunos casos, la afectación<sup>246</sup>.

En este caso, en virtud de decisión legal directa, los bienes y derechos, que reúnan las características especificadas, pasan en bloque a formar parte del dominio público. En cuanto operada por la ley misma, no se precisa acto posterior alguno de concreción o aplicación. Dicho en otros términos, todos los bienes que se incluyan en la definición legal poseen la consideración de bienes de dominio público sin necesidad de otra declaración y, por tanto, quedan legalmente excluidos del tráfico jurídico-privado, no pudiendo, entre otras cosas, ser objeto de propiedad privada.

La calificación legal de una determinada categoría de bienes como de dominio público, viene acompañada de una descripción detallada de los bienes que la integran. Ahora bien, que la afectación se encuentre determinada por ley no significa que ésta delimite también el alcance de la zona afectada, esto es, la ley en virtud de la cual se produce la afectación de un bien determinado tiene que definir este bien, pero no delimitarlo. La concreta delimitación del alcance de las dependencias del demanio se produce mediante los correspondientes actos administrativos, de deslinde y amojonamiento. Estos actos de delimitación son sustancialmente distintos de los actos administrativos por los que se produce la afectación expresa de los bienes de dominio público.

---

<sup>246</sup> La CE procede directamente a la determinación de algunos bienes como parte del dominio público, los cuales necesariamente, es decir, vinculando al legislador y a los poderes públicos (art. 9.1 de la CE), son de dominio público. El apartado segundo del art. 132 de la CE establece: «*Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental*».

El núcleo más importante de bienes de dominio público declarados como tales por el legislador se integra por aquellos que componen los denominados bienes demaniales por naturaleza, es decir, aquellos que se han declarado legalmente como demaniales, con carácter general, por el mero hecho de reunir unas características determinadas, como es el caso, por ejemplo, de las aguas o de las costas<sup>247</sup>.

En palabras del Tribunal Constitucional, «tipos o categorías genéricas de bienes definidos según sus características naturales homogéneas»<sup>248</sup>.

Algunas de las normas que contienen calificaciones legales de bienes demaniales son las siguientes:

---

<sup>247</sup> MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I., «El estatuto jurídico de los bienes. Las transformaciones del Derecho público de bienes: del dominio público a las cosas públicas»..., *op. cit.*, pp. 46 y 47, «La forma más intensa de afectación es la que se expresa señalando géneros completos de bienes identificados a través de sus características físicas o intrínsecas. Es lo que se denomina dominio público natural o dominio público por naturaleza, que excluye a estos bienes del régimen normal de apropiación constituido por la propiedad privada, delimitando de esta forma, de modo negativo, el contenido de este derecho, por lo que la Constitución reserva a la Ley del Estado (art. 132.2 y 149.1.1 y 8) esta modalidad de afectación. Es la demanialización que efectúa el propio art. 132.2 de la Constitución en relación con el dominio público marítimo-terrestre completada por la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas o la que lleva a cabo la Ley 29/1985, de 4 de agosto de aguas, cerrando la demanialización del ciclo hidrológico o la que hace el art. 2 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos en relación con los yacimientos de hidrocarburos y almacenamientos subterráneos, etc. Con ello el legislador no ha pretendido sino articular un conjunto de mecanismos a través de los cuales garantiza el uso racional equilibrado de unos recursos naturales en aras de la función de protección del medio ambiente que le asigna la Constitución (art. 45.2)».

<sup>248</sup> La categoría integrada por los bienes de dominio público natural, aunque con un sentido distinto al que había tenido tradicionalmente, fue revaloriza por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, sobre la Ley de Aguas de 1985. En ella se afirma: «(...) La Constitución ha dispuesto así que algunos de los tipos de bienes que doctrinalmente se han definido como pertenecientes al demanio «natural» formen parte del dominio público del Estado. Sin embargo, con un criterio flexible, no ha pretendido agotar la lista o enumeración de los géneros de bienes que, asimismo, en virtud de sus caracteres naturales, pueden integrarse en el demanio estatal («en todo caso», reza el art. 132.2), pero sí ha querido explícitamente reservar a la ley, y precisamente a la ley estatal, la potestad de completar esa enumeración. Así se desprende, por lo demás, del inciso inicial de este art. 132.2: «Son de dominio público estatal los que determine la ley (...)». Tanto el verbo utilizado -«son», en vez de la expresión «pueden ser»-, como la misma reserva absoluta de ley indican a las claras que la Constitución se está refiriendo no a bienes específicos o singularmente identificados, que pueden ser o no de dominio público en virtud de una afectación singular, sino a tipos o categorías genéricas de bienes definidos según sus características naturales homogéneas (...) cuando se trata de categorías completas de bienes formados por la naturaleza, a semejanza de los que en el propio precepto constitucional se declaran de dominio público, el art. 132.2 exige la demanialización por ley y sólo por ley del Estado (...) en la inclusión genérica de categorías enteras de bienes en el demanio, es decir, en la determinación del llamado dominio público natural, subyacen prioritariamente otros fines constitucionalmente legítimos, vinculados en última instancia a la satisfacción de necesidades colectivas primarias, como, por ejemplo, la que garantiza el Art. 45 de la Constitución, o bien a la defensa y utilización racional de la «riqueza del país», en cuanto que subordinada al interés general (art. 128.1 de la Constitución)»

Los arts. 3, 4 y 5 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (en su redacción dada por la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas) determinan los bienes de dominio público marítimo-terrestre estatal, cumpliendo lo dispuesto en el art. 132.2 de la CE<sup>249</sup>.

---

<sup>249</sup> El art. 3 señala: «Son bienes de dominio público marítimo-terrestre estatal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 132.2 de la Constitución: 1. La ribera del mar y de las rías, que incluye: a) La zona marítimo-terrestre o espacio comprendido entre la línea de bajamar escorada o máxima viva equinoccial, y el límite hasta donde alcancen las olas en los mayores temporales conocidos, de acuerdo con los criterios técnicos que se establezcan reglamentariamente, o cuando lo supere, el de la línea de pleamar máxima viva equinoccial. Esta zona se extiende también por las márgenes de los ríos hasta el sitio donde se haga sensible el efecto de las mareas. Se consideran incluidas en esta zona las marismas, albuferas, marjales, esteros y, en general, las partes de los terrenos bajos que se inundan como consecuencia del flujo y reflujo de las mareas, de las olas o de la filtración del agua del mar. No obstante, no pasarán a formar parte del dominio público marítimo-terrestre aquellos terrenos que sean inundados artificial y controladamente, como consecuencia de obras o instalaciones realizadas al efecto, siempre que antes de la inundación no fueran de dominio público; b) Las playas o zonas de depósito de materiales sueltos, tales como arenas, gravas y guijarros, incluyendo escarpes, bermas y dunas, estas últimas se incluirán hasta el límite que resulte necesario para garantizar la estabilidad de la playa y la defensa de la costa. 2. El mar territorial y las aguas interiores, con su lecho y subsuelo, definidos y regulados por su legislación específica. 3. Los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental, definidos y regulados por su legislación específica. 4. A los efectos de esta Ley se entiende por: albufera: cuerpos de aguas costeras que quedan físicamente separados del océano, en mayor o menor extensión por una franja de tierra; berma: parte casi horizontal de la playa, interior al escarpe o talud de fuerte pendiente causada por el oleaje; dunas: depósitos sedimentarios, constituidos por montículos de arena tengan o no vegetación que se alimenten de la arena transportada por la acción del mar, del viento marino o por otras causas; escarpe: escalón vertical en la playa formado por la erosión de la berma; estero: caños en una marisma; marisma: terreno muy llano y bajo que se inunda periódicamente como consecuencia del flujo y reflujo de las mareas o de la filtración del agua del mar; marjal: terreno bajo cubierto por un manto de agua que da soporte a abundante vegetación.». Seguidamente, el art. 4 indica: «Pertenecen asimismo al dominio público marítimo-terrestre estatal: 1. Las accesiones a la ribera del mar por depósito de materiales o por retirada del mar, cualesquiera que sean las causas. 2. Los terrenos ganados al mar como consecuencia directa o indirecta de obras, y los desecados en su ribera. 3. Los terrenos cuya superficie sea invadida por el mar por causas distintas a las previstas en el último párrafo del artículo 3.1, letra a), y en todo caso tendrán esta consideración los terrenos inundados que sean navegables. 4. Los acantilados sensiblemente verticales, que estén en contacto con el mar o con espacios de dominio público marítimo-terrestre, hasta su coronación. 5. Los terrenos deslindados como dominio público que por cualquier causa han perdido sus características naturales de playa, acantilado, o zona marítimo-terrestre, salvo lo previsto en el artículo 18. 6. Los islotes en aguas interiores y mar territorial. 7. Los terrenos incorporados por los concesionarios para completar la superficie de una concesión de dominio público marítimo-terrestre que les haya sido otorgada, cuando así se establezca en las cláusulas de la concesión. 8. Los terrenos colindantes con la ribera del mar que se adquieran para su incorporación al dominio público marítimo-terrestre. 9. Las obras e instalaciones construidas por el Estado en dicho dominio. 10. Las obras e instalaciones de iluminación de costas y señalización marítima, construidas por el Estado cualquiera que sea su localización, así como los terrenos afectados al servicio de las mismas, salvo lo previsto en el artículo 18. 11. Los puertos e instalaciones portuarias de titularidad estatal, que se regularán por su legislación específica». Finalmente, el art. 5 añade: «Son también de dominio público estatal las islas que estén formadas o se formen por causas naturales, en el mar territorial o en aguas interiores o en los ríos hasta donde se hagan sensibles las mareas, salvo las que sean de propiedad privada de particulares o entidades públicas o proceden de la desmembración de ésta, en cuyo caso serán de dominio público en su

El art. 2 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas, que lleva por rúbrica «*Definición de dominio público hidráulico*», contiene la relación de bienes que constituyen el dominio público hidráulico estatal<sup>250</sup>.

El art. 12, bajo el epígrafe «*Montes de dominio público y Montes patrimoniales*», de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, aclara cuáles son los bienes de dominio público o demaniales que integran el dominio público forestal. Asimismo, cuáles son los montes patrimoniales, definiéndolos, en sentido negativo, como aquéllos de propiedad pública que no sean demaniales<sup>251</sup>.

---

*zona marítimo-terrestre, playas y demás bienes que tengan este carácter, conforme a lo dispuesto en los artículos 3 y 4*». Como ya se ha apuntado, la reforma de la Ley de Costas de 1988, operada por la Ley 2/2013, de 29 de mayo, resulta muy controvertida. El texto legal ha sido objeto de varios recursos de inconstitucionalidad que están pendientes de resolución. Algunas de las novedades más cuestionables que introduce la nueva Ley en relación a la definición legal de los bienes que integran el dominio público marítimo-terrestre son las siguientes: modificación del concepto de playa, exclusión del dominio público de los terrenos destinados a salinas y cultivos marinos (aunque sean naturalmente inundables), así como de determinados núcleos que la Ley deslinda directamente y el establecimiento de un régimen singular para la isla de Formentera. Sobre el tema, puede verse NÚÑEZ LOZANO, M.C., *La reforma de la Ley de Costas de 2013*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; y MENÉNDEZ REXACH, Á., «La nueva regulación de las costas: un giro hacia el dominio privado marítimo-terrestre», *Ponencia presentada en el IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Santiago de Compostela, 2014. Todo ello demuestra que no siempre los términos incluidos por el legislador producen la suficiente certeza jurídica.

<sup>250</sup> El art. 2 indica: «*Constituyen el dominio público hidráulico del Estado, con las salvedades expresamente establecidas en esta Ley: a) Las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación; b) Los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas; c) Los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos; d) Los acuíferos, a los efectos de los actos de disposición o de afectación de los recursos hidráulicos; e) Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar*». El dominio público hidráulico ha sido objeto de sucesivas ampliaciones. La más importante, la llevada a cabo por la propia Ley de 2 de agosto de 1985, que incluyó dentro de éste a las aguas subterráneas -que tradicionalmente habían venido manteniendo un régimen privado-. Posteriormente, tras diversas reformas legislativas, el dominio hídrico se extendió también a las aguas procedentes de la desalación del agua del mar.

<sup>251</sup> El art. 12 establece: «*1. Son de dominio público o demaniales e integran el dominio público forestal: a) Por razones de servicio público, los montes incluidos en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública a la entrada en vigor de esta ley, así como los que se incluyan en él de acuerdo con el artículo 16; b) Los montes comunales, pertenecientes a las entidades locales, en tanto su aprovechamiento corresponda al común de los vecinos; c) Aquellos otros montes que, sin reunir las características anteriores, hayan sido afectados a un uso o servicio público. 2. Son montes patrimoniales los de propiedad pública que no sean demaniales*». MERCÈ DARNACULLETA I GARDELLA, M., Voz «Afectación, desafectación y mutaciones demaniales», GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (coord.), *Diccionario de obras públicas y bienes públicos...*, op. cit., pp. 57 y 58, que «*La técnica jurídica utilizada por el legislador, sin embargo, no es la más adecuada, puesto que no se demanializan todos los montes en cuanto género, que sería lo propio del dominio público natural. Estas leyes, por el contrario, se limitan a declarar que algunos montes, en concreto los de titularidad pública que, además, se encuentren incluidos en el Catálogo de Montes de*

El art. 67 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, que lleva por rúbrica *«Naturaleza y determinación del dominio público portuario»*, enumera los bienes comprendidos dentro del dominio público marítimo-terrestre.

El art. 2 de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías pecuarias, rubricado *«Naturaleza jurídica de las vías pecuarias»*, sostiene que las vías pecuarias son bienes de dominio público de las Comunidades Autónomas y, en consecuencia, inalienables, imprescriptibles e inembargables.

El art. 43 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que lleva por rúbrica *«Gestión del dominio público radioeléctrico»*, define, en su apartado primero, el espectro radioeléctrico como un bien de dominio público, cuya titularidad, gestión, planificación, administración y control corresponden al Estado.

El art. 2 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras considera carreteras *«las vías de dominio público y uso público proyectadas y construidas fundamentalmente para la circulación de vehículos automóviles»*.

#### **A) 2. *Afectación mediante acto administrativo (singular o individualizada)***

Con las mismas intenciones, también puede procederse a la afectación a través de actos administrativos expresos, tal y como señalan los apartados 1 y 2 del art. 66 de la LPAP: *«1. Salvo que la afectación derive de una norma con rango legal, ésta deberá hacerse en virtud de acto expreso por el órgano competente, en el que se indicará el bien o derecho a que se refiera, el fin al que se destina, la circunstancia de quedar aquél integrado en el dominio público y el órgano al que corresponda el ejercicio de las competencias demaniales, incluidas las relativas a su administración, defensa y conservación. 2. Sin perjuicio de lo señalado en el apartado anterior y de lo dispuesto en el artículo 73 de esta Ley, surtirán los mismos efectos de la afectación expresa los hechos y actos siguientes:*

---

*Utilidad pública, los comunales y los que se encuentren afectados a un uso o servicio público, son de dominio público. Pero no se demanializan los montes en atención a sus características naturales unitarias, puesto que siguen existiendo montes patrimoniales de titularidad pública y, obviamente, de titularidad privada».*

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

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

*c) La adquisición de bienes y derechos por expropiación forzosa, supuesto en el que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24.2 de esta Ley, los bienes o derechos adquiridos se entenderán afectados al fin determinante de la declaración de utilidad pública o interés social.*

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

*e) La adquisición de los bienes muebles necesarios para el desenvolvimiento de los servicios públicos o para la decoración de dependencias oficiales».*

Estos supuestos comprenden las afectaciones producidas por actos administrativos, por disposiciones de rango inferior a la ley o incluso por actos materiales. Dentro de esta categoría se insertan la mayor parte de las afectaciones demaniales, pues incluye, con carácter residual, todas aquéllas que no se produzcan como consecuencia de una norma con rango legal.

Esta clase de afectación puede producirse de distintas maneras:

***a) De forma expresa o formal***

Tienen lugar mediante acto administrativo dictado por el órgano competente para ello e indicativo del bien o derecho a que se refiera; el fin a que se destina –que naturalmente ha de ser uso general o un concreto servicio público-; la circunstancia de quedar integrado en el dominio público -es decir, la manifestación expresa de que la afectación producida es de carácter demanial-; y el órgano al que corresponde el ejercicio de las competencias demaniales. Se originan a consecuencia

de una declaración de voluntad de la Administración, que expresamente establece y dispone la vinculación de un determinado bien a un específico fin calificable de uso general o de servicio público. Los requisitos fijados para estas afectaciones expresas por acto singular lo son fundamentalmente de sujeto y de contenido, lo que lleva a calificarlas, además de expresas, como afectaciones formales, ya que para que se produzcan se requiere de un determinado contenido formal y que vengan dictadas por el órgano competente para afectar<sup>252</sup>.

Los efectos de esta afectación expresa y formal, cuando se produzca regularmente y con todos los requisitos exigidos, son los de producir la calificación demanial del bien y, por tanto, la incorporación del mismo al dominio público. En suma, el bien queda afectado al uso general o al servicio público, cuando expresa y formalmente se vincula, por el órgano competente de la Administración del titular del mismo, a uno de los fines determinantes de la demanialidad. No obstante, la plena eficacia de la afectación expresa y formal viene demorada legalmente a la formalización del acta de recepción de los bienes afectados por el órgano al que se atribuyan las competencias demaniales sobre el bien en el propio acto de afectación.

#### ***b) De forma tácita o implícita***

Esta clase de afectación resulta de otros actos administrativos distintos del de la afectación formal y que presuponen el destino de un bien al uso o servicio públicos, es decir, es fruto de una actuación administrativa que no tiene como objetivo principal la afectación. Nos situamos, en consecuencia, ante afectaciones que derivan de actuaciones concretas por parte de la Administración.

Constituyen un grupo heterogéneo de afectaciones demaniales que tienen en común el carecer de la condición de expresas, es decir, no reúnen los requisitos legales establecidos para aquéllas, pero, sin embargo, son afectaciones demaniales porque de ellas se deduce la efectiva vinculación de un bien a un uso general o a un servicio público concretos y con ello la integración del bien en el régimen del dominio público.

---

<sup>252</sup> En el caso de los bienes de titularidad estatal, la afectación de los bienes que ya formen parte del patrimonio del Estado se hará por orden expresa del Ministro de Hacienda, mediante un expediente instruido por la Dirección General del Patrimonio del Estado, a iniciativa propia o a propuesta del Departamento ministerial interesado (art. 68.1 de la LPAP); y la afectación de bienes y derechos de los organismos públicos estatales será acordada por el Ministro titular del Departamento del que dependan, a propuesta de su presidente o director (art. 68.3 de la LPAP). En las leyes de patrimonio de las Comunidades Autónomas pueden encontrarse habilitaciones similares, que atribuyen a un concreto órgano administrativo la potestad de afectación.

Sus efectos, tal y como disponen los apartados 2 y 4 del art. 66 de la LPAP, se asimilan a la afectación expresa.

Entre los supuestos de afectación tácita o implícita pueden incluirse: a) La adquisición de bienes y derechos por expropiación forzosa. En estos casos, a tenor de lo dispuesto en el art. 24.1 de la LPAP, «*la afectación del bien o derecho al uso general, al servicio público, o a fines y funciones de carácter público se entenderá implícita en la expropiación*»<sup>253</sup>; b) La aprobación de proyectos de obras y servicios y de programas o planes de competencia de la Administración del Estado, de programas o planes de actuación general, cuando de ellos resulte la vinculación de determinados bienes o derechos a fines de uso o servicio público [art. 66.2 d) de la LPAP] y, en el caso de las Entidades locales, de planes de ordenación urbana [art. 8.4 a) del RBEL]; y c) La adquisición de los bienes muebles necesarios para el desenvolvimiento de los servicios públicos o para la decoración de dependencias oficiales, y de la construcción de inmuebles con cargo a los créditos presupuestarios de un Departamento [art. 66.2 e) de la LPAP].

### ***c) De forma presunta***

La afectación presunta tiene lugar cuando, sin existir un acto formal, ésta se desprende de comportamientos que realiza la Administración. Los bienes son utilizados, sin que exista una actuación administrativa previa que los adscriba a una finalidad típica de los bienes demaniales.

Con anterioridad a la LPAP, esta forma de afectación ya había sido aceptada en la legislación local, tanto en la LBRL como en los diferentes reglamentos autonómicos de desarrollo. El art. 81.2 b) de la LBRL establece la alteración de la calificación de un bien de forma automática cuando un bien patrimonial haya estado adscrito durante más

---

<sup>253</sup> La Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa, se refiere, en varios de sus artículos, a la declaración de utilidad pública o interés social. Así, el art. 9 indica: «*Para proceder a la expropiación forzosa será indispensable la previa declaración de utilidad pública o interés social del fin a que haya de afectarse el objeto expropiado*». Seguidamente, el art. 10 precisa: «*La utilidad pública se entiende implícita, en relación con la expropiación de inmuebles, en todos los planes de obras y servicios del Estado, Provincia y Municipio*»; añadiendo el art. 11 que «*En todos los casos no previstos en el artículo anterior y relativos a bienes inmuebles, siempre que no se trate de los que con arreglo a esta Ley se regulan por disposición especial, la declaración de utilidad pública deberá hacerse mediante Ley aprobada en Cortes*». Cuando se trate de bienes muebles, en cambio, «*la utilidad pública habrá de ser declarada expresa y singularmente mediante Ley en cada caso, a no ser que esta u otra Ley hayan autorizado la expropiación para una categoría especial de bienes, en cuyo supuesto bastará el acuerdo del Consejo de Ministros*», tal y como señala el art. 12.



de veinticinco años a un uso o servicio público o comunal [así también lo establece art. 8.4 b) del RBEL].

Por su parte, la LPAP, a diferencia de la Ley de Patrimonio del Estado de 1964, establece que la afectación presunta tiene los mismos efectos que la expresa, es decir, la entrada del bien en el dominio público y que se produce por alguno de estos dos supuestos: la utilización pública, notoria y continuada de bienes y derechos de titularidad pública para un servicio público o uso general<sup>254</sup> [art. 66.2 a) de la LPAP], y la adquisición de bienes mediante prescripción adquisitiva o usucapión, cuando los actos posesorios determinantes de la adquisición hayan vinculado los bienes al uso general o al servicio público<sup>255</sup> [arts. 66.2 b) de la LPAP y 8.4 c) y 10 del RBEL<sup>256</sup>].

En este último caso, no es competencia de la Administración declarar adquirido el bien por usucapión, sino que compete a los tribunales del orden civil por tratarse de una cuestión relativa a la propiedad. Los requisitos que deberán cumplirse para ello son los enumerados en el art. 1959 del C.c., esto es, la posesión no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de justo título ni de buena fe. Dicha posesión ha de ser en concepto de dueño,<sup>257</sup> pública, pacífica<sup>258</sup> e ininterrumpida, según exige, en el art. 1941

---

<sup>254</sup> FRANCH I SAGUER, M., «Afectación y desafectación de los bienes y derechos públicos», CHINCHILLA MARÍN, C. (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio...*, op. cit., p. 401, «Fijémonos que la Ley es más contundente que la legislación local ya que no exige tiempo, sino simplemente que el bien esté destinado de forma clara a un uso o servicio público».

<sup>255</sup> Las Sentencias del Tribunal Supremo, de 28 de octubre de 1985, -RJ 1985/5656-, y de 30 de septiembre de 2004, -RJ 2004/6532-, entre otras, afirman: «la adquisición de bienes para el dominio público puede operarse por medios o modos de derecho Administrativo y también de Derecho Privado, entre ellos la prescripción adquisitiva o usucapión».

<sup>256</sup> El apartado c) del art. 8.4 reconoce la alteración automática de la calificación jurídica de los bienes y derechos que las Entidades adquieran por usucapión, con arreglo al Derecho civil, el dominio de una cosa que viniere estando destinada a un uso o servicio público o comunal. También el art. 10, en su apartado d), reconoce que las Corporaciones locales pueden adquirir bienes y derechos por prescripción.

<sup>257</sup> El Tribunal Supremo precisa, en la Sentencia de 30 de marzo de 1974, -RJ 1974/1209-, que «si bien el artículo 1959 del C.c. parece indicar que para que se produzca la prescripción extraordinaria del dominio de los inmuebles basta la posesión de ellos por plazo ininterrumpido de treinta años, lo cierto es que este precepto no puede entenderse desconectado de los demás que regulan la prescripción con carácter general, entre los cuales figura el artículo 1941 del C.c., que precisamente determina que la posesión hábil para la prescripción “ha de ser en concepto de dueño» estableciendo el artículo 447 del propio Código que sólo la posesión que se adquiere en concepto de dueño puede servir para obtener el dominio”». También en este sentido, las Sentencias de 14 de marzo de 1991, -RJ 1991/2221-; de 7 de febrero de 1997, -RJ 1997/685-; y de 29 de abril de 2005, -RJ 2005/3648- disponen: «es doctrina de esta Sala la que como dice de manera expresa el art. 447 del C.c. y reitera el 1941, solo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio, y tan terminantes son estos preceptos que el Tribunal Supremo al aplicarlos hubo de declarar que tanto la prescripción ordinaria como la extraordinaria no pueden tener lugar en armonía con el art. 1941 sin la base de una posesión continuada durante todo el tiempo necesario para prescribir en concepto de dueño». Asimismo, las Sentencias del Tribunal Supremo, de 3 de junio de 1993, -RJ 1993/4385-, y de 18

del C.c., a fin de que pueda aprovechar para la usucapión de bienes inmuebles en cualquiera de sus modalidades.

### ***A) 3. Afectación de inmuebles en construcción***

Contenida en el art. 66.4 de la LPAP, esta clase de afectación viene referida a los inmuebles en construcción de titularidad pública y que cumplen los requisitos de la demanialidad.

Se trata de un tipo de afectación tácita o implícita, que, sin embargo, se contempla separadamente. Esta afectación demanial tiene un carácter peculiar de anticipación en la calificación de dominio público del bien, justificable en cuanto que esta extensión del régimen de protección demanial de los bienes a un tiempo anterior a la propia configuración operativa y utilizable de los mismos, en definitiva, antes de que se constituyan como tales y, por tanto, durante el período o tiempo que dure su construcción, permite asegurar su construcción y utilización. Esta expresa prescripción legal amplía la protección demanial al período intermedio de elaboración o construcción del bien inmueble, anterior a su consolidación como tal, que de otro modo quedaría desprotegido, puesto que mientras se construye el inmueble no es posible su efectivo uso general ni servicio público y, en consecuencia, no cabría predicar en puridad y con total seguridad la condición demanial del mismo. El inmueble como tal no existe aún.

---

de octubre de 1994, -RJ 1994/7221-, reiteran que la posesión en concepto de dueño ha de basarse en actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico, sin que baste la mera tenencia material, sino que a ella se añadirá la intención de haber la cosa como suya. No es suficiente la intención (aspecto subjetivo) para poseer en concepto de dueño, sino que se requiere un elemento causal o precedente objetivo que revele que el poseedor no es mero detentador, cuya prueba tampoco se ha producido en este supuesto litigioso, sin que exista ningún precepto que sostenga que la posesión en concepto de dueño deba presumirse.

<sup>258</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2004, -RJ 2004/6532-, precisa que tratándose de posesión adquirida de manera no pacífica por el poder público, la existencia de actos del *verus dominus* que restituyan a la posesión su carácter pacífico debe valorarse de modo restrictivo, dada la situación de preponderancia que la Administración ostenta en virtud del ejercicio del poder. «Así, el hecho de que no se produzca una reacción inmediata de los propietarios por la vía de los interdictos o de los remedios jurídicos establecidos contra la vía de hecho, y de que no se impugne después la ocupación realizada por la administración, no permitirá siempre entender que la posesión, inicialmente no pacífica, ha pasado a serlo, pues el ejercicio de las prerrogativas de autotutela decisoria y ejecutiva, de la potestad de revisión de oficio y de la de indemnizar los daños y perjuicios causados que la administración tiene en sus manos, en estrecha vinculación con la sujeción al principio de legalidad que debe presidir su actuación, permiten confiar al particular afectado en que la propia administración, de haber procedido de manera no adecuada al ordenamiento jurídico, ajustará a él las consecuencias de su conducta remediando la agresión sufrida».

Esta afectación de inmuebles en construcción es en todo caso temporal y debe entenderse extendida desde el inicio de las obras de construcción hasta la culminación del inmueble que reúna las condiciones para su vinculación demanial. El momento que la norma legal establece para dar por terminado el período de construcción, es el de recepción de las obras y declaración de obra nueva. A partir de entonces es cuando se ha de dar cuenta a la Dirección General del Patrimonio del Estado para su regularización, si bien debe interpretarse que el carácter y régimen demanial del bien se tiene que mantener en tanto se produce la referida regularización, que normalmente se traducirá en una afectación expresa.

El órgano competente para el ejercicio de las facultades demaniales durante este período será el Departamento con cargo a cuyos créditos presupuestarios se verifique la edificación. La afectación lo es a unos fines de uso general o a un servicio público y no a un órgano administrativo concreto, aunque sea uno de ellos el que reciba las atribuciones competenciales demaniales y lo normal sea que las reciba el mismo órgano que tiene atribuidas las competencias sobre uso general o servicio público que en cada caso se trate.

### ***B) Clases de afectación en las Leyes de patrimonio de las Comunidades Autónomas***

Las Comunidades Autónomas también se refieren en sus leyes de patrimonio a la afectación, como el acto por el cual un bien o derecho perteneciente a la Comunidad Autónoma o Entidad dependiente de ella es destinado a un uso o servicio público, ocasionando su consiguiente integración en el dominio público<sup>259</sup>.

---

<sup>259</sup> En concreto, se pronuncian en este sentido la Comunidad Autónoma de Andalucía, en el art. 46 de la Ley 4/1986, de 5 de mayo, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía; la Comunidad Autónoma de Aragón en el art. 82 de la Ley 5/2011, de 10 de marzo, del Patrimonio de Aragón; la Comunidad Autónoma de Islas Baleares, en el art. 33 de la Ley 6/2001, de 11 de abril del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares; la Comunidad Autónoma de Canarias, en el art. 60 de la Ley 6/2006, de 17 de julio, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias; la Comunidad Autónoma de Cantabria, en el art. 94 de la Ley 3/2006, de 18 de abril, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Cantabria; la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, en el art. 24 de la Ley 6/1985, de 13 de noviembre, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha; la Comunidad Autónoma de Castilla y León, en el art. 34, de la Ley 11/2006, de 26 de octubre, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León; la Comunidad Autónoma de Canarias, en el art. 8 del Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Patrimonio de la Generalidad de Cataluña; la Comunidad Autónoma de Extremadura, en el art. 44 de la Ley 2/2008, de 16 de junio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Extremadura; la Comunidad Autónoma de Galicia, en el art. 7 de la Ley 5/2001, de 30 de septiembre, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia; la Comunidad Autónoma de La Rioja, en el art. 69 de la Ley 11/2005, de 19 de octubre, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de La Rioja; la Comunidad Autónoma de Madrid, en

En cuanto a la forma en que puede llevarse a cabo dicha afectación, también ellas contemplan, al igual que la LPAP, las siguientes clases:

- a) Afectación legal, cuando así se prevea en una norma de dicho rango, que puede referirse a uno o varios bienes o derechos en concreto, o de forma genérica a todos los que tengan una determinada naturaleza o condición.
- b) Afectación por acto administrativo expreso o tácito.
- c) Afectación presunta

Son los dos últimos casos los que dan lugar a más divergencias entre las regulaciones autonómicas, pues todas las Comunidad Autónomas regulan la afectación legal y la que tiene lugar en virtud de un acto administrativo expreso, pero no todas incluyen los mismos supuestos dentro de la afectación presunta<sup>260</sup>.

---

el art. 21 de la Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Madrid; la Comunidad Autónoma de Murcia, en el art. 22 de la Ley 3/1992, de 30 de julio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Murcia; la Comunidad Autónoma de Navarra, en el art. 66 de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Patrimonio de Navarra; la Comunidad Autónoma de Valencia, en el art. 25 de la Ley 14/2003, de 10 de abril, de Patrimonio de la Generalitat de Valencia; y la Comunidad Autónoma del País Vasco, en el art. 52 del Decreto Legislativo 2/2007, de 6 de noviembre, de aprobación del Texto Refundido de la Ley de Patrimonio de Euskadi. La única norma autonómica que no contempla separadamente el instituto de la afectación es la Ley 1/1991, de 21 de febrero, de Patrimonio del Principado de Asturias, que, no obstante, sí reconoce que su patrimonio está integrado por bienes de dominio público o demaniales y de propiedad privada o patrimoniales, siendo aquéllos los afectos al uso general o a los servicios públicos y a los que una ley les otorgue expresamente tal carácter.

<sup>260</sup> La Comunidad Autónoma de Andalucía prevé, en los arts. 48 a 50 de su Ley de Patrimonio, tres clases de afectación: por Ley, -la mal llamada- por silencio y por acto administrativo. Se produce la afectación por silencio cuando el bien o derecho se destine al menos durante cinco años de forma continuada a un uso o a un servicio público, así como cuando la Comunidad Autónoma adquiere algún bien por usucapión, siempre que viniera destinado a un uso o servicio público durante los últimos cinco años. De esta manera, se separa de las restantes Comunidades estableciendo un plazo que las demás no contemplan.

La Comunidad Autónoma de Islas Baleares prevé, en los arts. 33 y 34 de su Ley de Patrimonio, cuatro formas de afectación: por una norma de rango legal; por un acto administrativo expreso; tácitamente, cuando se deduce de actos de la Administración que conlleven el destino y la finalidad pública de los bienes; y de forma presunta, cuando la Comunidad Autónoma adquiere por usucapión el dominio de una cosa ya destinada a un uso o servicio público. A continuación, se aclara que la afectación se entiende implícita en la declaración de utilidad pública.

La Comunidad Autónoma de Castilla y León, en el art. 35 de su Ley de Patrimonio, recoge tres clases de afectación: la que se produce en virtud de una ley; la que lo hace como consecuencia de un acto administrativo expreso; o de otro hecho diverso, pero con los mismos efectos. Son los mismos casos que la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón.

La Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha prevé, en el art. 27 de su Ley de Patrimonio, la obligación de realizar la afectación por orden expresa, que especifique los bienes que comprenda y el fin

Son varias las Comunidades Autónomas, que en sus leyes de Patrimonio contemplan estas mismas causas o lo hacen introduciendo algunas modificaciones. En concreto, el art. 35 de la Ley de Patrimonio de Castilla y León y el art. 54 de la Ley de Patrimonio del País Vasco, recogen los hechos en los mismos términos<sup>261</sup>.

---

al que se destinen. Asimismo, especifica que, cuando la adquisición de bienes se realice en virtud de expropiación forzosa, la afectación se entenderá implícita en la misma.

La Comunidad Autónoma de Madrid, en el art. 21 de su Ley de Patrimonio, recoge la afectación expresa o la tácita a un uso general o a la prestación de un servicio público. También considera como afectos a los bienes que se adquieran mediante usucapión, aunque no precisa dentro de qué supuesto se engloba ésta. Seguidamente, precisa que los bienes y derechos mediante expropiación forzosa se entienden afectos a los fines que fueron determinantes de la declaración de utilidad pública o del interés social.

La Comunidad Autónoma murciana recoge los siguientes modos de afectación en el art. 23 de su Ley de Patrimonio: por ley de la Asamblea Regional o por un acto administrativo de la Comunidad Autónoma, que puede ser expreso, en cuyo caso el Consejero de Economía, Hacienda y Fomento dictará resolución, o tácito, cuando haya bienes o derechos destinados al uso o servicio público, adquiridos por usucapión o expropiación forzosa.

La Comunidad Autónoma de Cantabria recoge, en el art. 95 de su Ley de Patrimonio, tres posibles clases de afectación: la afectación legal; la expresa, en virtud de un acto expreso por el consejero competente en materia de patrimonio; y la tácita por alguno de los siguientes actos: utilización pública, notoria y continuada de bienes y derechos para un servicio público o para un uso general; la adquisición de bienes y derechos por usucapión, por expropiación forzosa o de bienes muebles para el desenvolvimiento de los servicios públicos o decoración de dependencias oficiales; y la aprobación de programas o planes de actuación general, proyectos de obras o servicios, cuando de ellos resulte la vinculación de bienes o derechos a fines de uso o servicio público.

<sup>261</sup> La Comunidad Autónoma aragonesa contempla, en los arts. 83 y 84 de la Ley de Patrimonio, los mismos supuestos, si bien añadiendo la aprobación del proyecto de reparcelación, respecto a los terrenos de cesión obligatoria a la Comunidad Autónoma para su destino a los usos previstos en el planteamiento.

La Comunidad Autónoma de Canarias, en el art. 61 de su Ley de Patrimonio, recoge la previsión en virtud de la cual se entienden afectados los bienes y derechos incorporados al patrimonio de la Comunidad Autónoma, en virtud de transferencia de competencias y servicios de otra Administración pública, salvo disposición expresa en contrario. Estos mismos términos son los contenidos en los arts. 71 y 72 de la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

La Comunidad Autónoma extremeña distingue, en los arts. 45 y siguientes de la Ley de Patrimonio, cuatro clases distintas de afectación: la legal; la expresa por orden del titular de la Consejería competente en materia de Hacienda; la presunta por alguno de los dos supuestos contemplados en el art. 46, -bien por la utilización pública, notoria y continuada de bienes y derechos para un servicio público o para un uso general, o bien por la adquisición de bienes o derechos por usucapión-; y la tácita por alguno de los supuestos enumerados en el art. 47, esto es, la adquisición de un bien o derecho, a título oneroso o lucrativo, para el cumplimiento de una finalidad de uso general o servicio público, en virtud de transferencia o cesión administrativa, o por expropiación forzosa.

La Comunidad Autónoma gallega afirma que los hechos que originan los mismos efectos que la afectación expresa son: la utilización pública, notoria y continuada de los bienes durante un año; la adquisición de bienes por prescripción adquisitiva, mediante expropiación forzosa o a título oneroso o gratuito para el cumplimiento de un fin de uso general o de servicio público; la aprobación de programas o planes de actuación general, o proyectos de obras o servicios de competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia; y la adscripción de bienes y derechos patrimoniales a entidades públicas instrumentales.

### 1.1.3. La competencia y el procedimiento para afectar

El art. 68 de la LPAP recoge una serie de disposiciones procedimentales que son aplicables y determinan la configuración de los procedimientos conducentes a la afectación demanial de bienes, cuando ésta se produce mediante resolución administrativa expresa.

Así pues, los procedimientos administrativos que tengan por objeto el dictado de actos expresos por los que se produzca la afectación de bienes y derechos al uso general o a un servicio público, con la consecuente caracterización y calificación del bien como de dominio público, siguen todos ellos las reglas generales del procedimiento administrativo común, con las variaciones que se precisan en el citado artículo<sup>262</sup>.

---

Finalmente, las Comunidades Autónomas valenciana y navarra contienen los mismos supuestos, en los arts. 26 y 27, y 67 y 68, respectivamente. La afectación, según ellas, trae causa de una norma legal o de un acto administrativo, expreso o tácito. La afectación tácita viene determinada por la adquisición de bienes o derechos, a título oneroso o lucrativo, para el cumplimiento de una finalidad de uso general o servicio público, en virtud de transferencia, cesión administrativa o expropiación forzosa, así como la aprobación por el Gobierno de planes, programas o proyectos de obras o servicios cuando de ellos resulte la vinculación de bienes o derechos a fines de uso o servicio público propios. La afectación presunta tiene los mismos efectos que la expresa bien cuando exista utilización pública, notoria y continuada durante un plazo mínimo de un año para fines de uso general o servicio público o bien cuando se adquieran bienes o derechos por usucapión destinados al uso general o al servicio público.

<sup>262</sup> En el precepto se determinan las atribuciones competenciales en el ámbito de la Administración General del Estado y de los entes públicos institucionales estatales, y junto a ello se establecen las características de la resolución, concretadas en la forma, contenido y efectos de la misma. En concreto, la competencia para afectar bienes y derechos del patrimonio del Estado corresponde, en virtud del art. 68.1 de la LPAP, al Ministerio de Hacienda. En cambio, la afectación de los bienes y derechos de los organismos públicos será acordado por el Ministro titular del Departamento del que dependan, a propuesta de los órganos de gobierno de los mismos. El procedimiento será instruido por la Dirección General del Patrimonio del propio Ministerio y será iniciado de oficio o bien por iniciativa propia o a petición del Departamento interesado en el bien o derecho. En el caso de los organismos públicos, la competencia para instruir el procedimiento debe corresponder al órgano que la ostenta para proponer -el órgano de dirección del mismo-, pues se ha de entender que quien tiene expresamente atribuida la facultad de proponer es precisamente el instructor del procedimiento, atendidas las reglas generales acerca del procedimiento administrativo común y la titularidad concreta de los bienes en cuestión, sin perjuicio de lo que dispongan en su caso las normas de creación y reguladoras de estos organismos públicos. Las indicaciones sobre la forma de la afectación establecidas en el apartado segundo del art. 68 de la LPAP hay que entenderlas referidas al concreto rango y elementos. Se dispone que la resolución de la afectación debe revestir la forma de orden ministerial, lo que resulta aplicable indistintamente tanto a los bienes de la Administración General del Estado cuanto a los de los organismos públicos estatales, pues en ambos casos la competencia para resolver corresponde al Ministro titular de un Departamento ministerial, (en el primer caso al Ministro de Hacienda y en el segundo, al Ministro titular del Departamento del que dependa el organismo público en cuestión). El contenido de esta orden ministerial de afectación ha de reunir los requisitos establecidos con carácter general al configurar el tipo de afectación administrativa expresa, que no son otros que la identificación de los bienes y derechos que se afectan, el fin de uso general o servicio público al que se vinculan y la consecuencia de calificación

## 1.2. LAS MUTACIONES DEMANIALES

Pese a que la inclusión de bienes y derechos en el dominio público se realiza en principio de manera indefinida -mientras resulten precisos para la realización del uso o servicio público, al que se afectan-, dicha afectación no tiene por qué permanecer inalterable. Todo lo contrario: el ordenamiento jurídico reconoce la posibilidad de introducir variaciones en su situación, consistentes en una variación del destino inicial o del sujeto público que ostenta su titularidad, o incluso en el cese de la propia afectación. En el primer caso, estaríamos en presencia de una mutación demanial. En el segundo, de una desafectación. El criterio determinante para saber si estamos ante una mutación demanial o ante una simple desafectación (en la que el bien desafectado pasa a ser patrimonial) radica en que, en la mutación, la desafectación del uso o servicio público inicial va seguida de una afectación a otro uso o servicio público distinto, con lo que el bien no pierde su carácter demanial.

Puede afirmarse que entre el inicio y el cese de la demanialidad tienen lugar los fenómenos de mutación demanial, que son cambios en el estatuto específico al que está sujeto el bien de que se trate por razón del fin público tomado en consideración. La doctrina se refiere a estas mutaciones para explicar los cambios de titularidad y de destino que pueden producirse en los bienes de dominio público, sin que éstos pierdan dicha condición<sup>263</sup>.

La mutación demanial se produce así cuando acontece un cambio de destino en bienes o derechos que ya tuviesen la consideración de dominio público de la entidad, consistiendo normalmente en una variación del uso o servicio al que se afectaban, si bien manteniendo su demanialidad. Asimismo, cuando se conserva la afectación del

---

demanial de los bienes o derechos, así como el órgano al que se atribuyen las potestades demaniales relativas a los bienes que se afectan. Esta resolución surtirá efectos cuando los bienes y derechos afectados se reciban por el Departamento ministerial al que se hayan atribuido las competencias demaniales sobre el bien, o en su caso, por el Departamento ministerial en que se integre el órgano al que se atribuyen las potestades demaniales correspondientes. En todo caso, la recepción es de carácter formal y se ha de instrumentar en la correspondiente acta de recepción, que deberán suscribir los representantes nombrados al efecto por el Departamento en cuyo ámbito han de quedar los bienes o derechos y el representante designado por la Dirección General del Patrimonio del Estado. Es a partir del otorgamiento de esta acta de recepción cuando se produce la plena eficacia del acto de afectación, lo que confirma este precepto refiriendo a este momento el inicio de la utilización de los bienes con el fin objeto de la afectación y el ejercicio sobre ellos de las correspondientes competencias demaniales.

<sup>263</sup> GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo, volumen II. Parte general: conclusión...*, op. cit., p. 510, alude con la expresión “mutaciones demaniales” «a aquellos casos en que un bien perteneciente al dominio público es afectado a un fin distinto del que venía sirviendo, pero que justifica su continuación dentro del régimen de la demanialidad».

bien, pero se altera el órgano encargado de su gestión como consecuencia de una reestructuración orgánica o, más notoriamente, la modificación misma del sujeto titular.

Según ello, las afectaciones concurrentes serían también mutaciones demaniales. Por ello, habrá que tener en cuenta que la legislación estatal y, en concreto, el art. 71 de la LPAP<sup>264</sup> ofrece una aproximación más estricta de la cuestión, puesto que define la mutación demanial como «(...) *el acto en virtud del cual se efectúa la desafectación de un bien o derecho..., con simultánea afectación a otro uso general, fin o servicio público...*»<sup>265</sup>.

Las notas características de la figura son las siguientes: primero, se refiere a bienes que ya estaban afectados a un interés público; segundo, se produce un cambio de destino para afectar el bien a otro fin también de interés público; y tercero, no se modifica la titularidad pública del bien.

Estos cambios pueden afectar:

- 1) Al sujeto (mutación subjetiva): se produce por el cambio en la Administración pública titular de los bienes. Por ejemplo, en caso de alteración de términos municipales o de supresión de un organismo autónomo, pasando sus bienes a la titularidad de otro organismo autónomo o a la Administración de la que dependía. Este cambio puede comportar también, si así se establece explícitamente, una variación de destino del bien. Si no se hubiese dispuesto nada, el bien mantendrá el mismo destino. La LPAP contempla, en el art. 71.3, los cambios en la titularidad de un bien demanial sin modificación de su destino, es decir, las mutaciones producidas en reestructuraciones orgánicas. De acuerdo con el citado precepto, *«en los casos de reestructuración orgánica se estará, en lo que respecta al destino de los bienes y derechos que tuviesen afectados o*

---

<sup>264</sup> SANTAMARÍA DACAL, A.I., «Mutaciones demaniales. Adscripción y desadscripción de bienes y derechos. Incorporación al Patrimonio de la Administración General del Estado de bienes de los organismos públicos», CHINCHILLA MARÍN, C. (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio...*, op. cit., p. 412, afirma que *«La LPAP incorpora, en este precepto, todos los elementos de la definición doctrinal clásica de las mutaciones demaniales: en primer lugar, se trata de un acto que afecta al estatuto jurídico de los bienes o derechos demaniales (1); en segundo lugar, la mutación puede consistir en un cambio en la afectación del bien con o sin cambio simultáneo en su titularidad (2)»*.

<sup>265</sup> Quiere decirse que, de acuerdo con el art. 71.1 de la LPAP, la mutación demanial es el acto en virtud del cual se efectúa la desafectación de un bien o derecho del patrimonio del Estado, con simultánea afectación a otro uso general, fin o servicio público de la Administración General del Estado o de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella. La mutación supone sólo un cambio en algunos de los elementos de la demanialidad, sin alteración de ésta (el bien sigue siendo de dominio público).



*adscritos los órganos u organismos que se suprimen o reformen, a lo que establezca la correspondiente disposición. Si no se hubiese previsto nada sobre este particular, se entenderá que los bienes y derechos continúan vinculados a los mismos fines y funciones, considerándose afectados al órgano u organismo al que se hayan atribuido las respectivas competencias sin necesidad de declaración expresa».* Este tipo de mutaciones subjetivas derivadas de reformas orgánicas constituyen, por tanto, una excepción a la regla general según la cual las mutaciones deben hacerse siempre de forma expresa, tal y como establece el art. 71.2 de la LPAP<sup>266</sup>.

- 2) Al fin (mutación objetiva): se produce, como dispone el art. 71.1 de la LPAP, por el cambio de destino o afectación de los bienes, con desafectación previa respecto del que tenía el bien o con afectación simultánea a otro uso, fin o servicio público. No se altera la titularidad, pero el bien pasa a ser destinado a otro uso o servicio público. Así ocurre, por ejemplo, cuando por modificación del correspondiente plan urbanístico de un municipio se acuerda alterar el destino de unos terrenos que, de estar afectados a una dotación o servicio público, pasan a estarlo a otro diferente, pero correspondientes al mismo Ente local. Igualmente, puede entenderse que hay mutación demanial sin cambio en la titularidad del bien cuando el cambio en su afectación se produce dentro de la Administración General del Estado: por ejemplo, las instalaciones militares que pasan a afectarse a usos o servicios propios de otro Ministerio que no sea el de Defensa.

Al margen de la clasificación, es posible que las mutaciones afecten simultáneamente al fin y al sujeto titular, siendo posibles tanto entre organizaciones vinculadas o dependientes de una misma Administración territorial, como entre dos Administraciones territoriales u organizaciones adscritas a dos de ellas.

En cuanto a su tramitación, debe tenerse en cuenta que son operaciones formalizadas cuya competencia y procedimiento depende del tipo de bien de que se trate y de la Administración titular del mismo.

---

<sup>266</sup> PAREJO ALFONSO, L., «El régimen jurídico legal general de los bienes públicos», PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, L., (dirs.), *Derecho de los bienes públicos*, vol. I..., op. cit., p. 177, afirma que, no obstante, la LPAP exige, en virtud del art. 72.5 de la LPAP, algunos requisitos formales para llevar a cabo este tipo de mutaciones demaniales, como la comunicación de la mutación operada a la Dirección General del Patrimonio, para que proceda a tomar razón de la misma en el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado.

Como regla general, requieren la tramitación del pertinente procedimiento, la aceptación por la organización a cuyo favor sea hecha y la suscripción de acta de entrega y recepción. Excepcionalmente, la mutación de bienes muebles precisa sólo la formalización de actos de entrega y recepción, si bien no produce alteración ni de la titularidad, ni del carácter demanial de los bienes.

### 1.3. LAS AFECTACIONES CONCURRENTES

Dado que los intereses generales y, por tanto, los fines determinantes de la vinculación de los bienes no son necesariamente incompatibles entre sí, la afectación tampoco es en todo caso excluyente. Caben, pues, las afectaciones concurrentes también denominadas afectaciones concurrentes o secundarias, tal y como señala el art. 67 de la LPAP, que comportan la vinculación de los bienes simultáneamente a más de un uso o servicio público bien de forma indistinta, bien destacando uno como principal respecto de los restantes secundarios (en el caso de haberse establecido mediante acuerdo o protocolo de cooperación, es éste, y no la resolución unilateral del procedimiento, el que determina el régimen de ejercicio y la distribución de competencias sobre el bien que se trate).

Las afectaciones concurrentes hacen referencia al fenómeno por el que se destina un bien a más de una finalidad pública susceptible de determinar su inclusión en el régimen demanial. El art. 67 de la LPAP<sup>267</sup>, bajo el epígrafe «*afectaciones concurrentes*», acepta la posibilidad de que se produzca la coafectación de bienes y derechos demaniales en los siguientes términos: «*Los bienes y derechos del Patrimonio del Estado podrán ser objeto de afectación a más de un uso o servicio de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos, siempre que los diversos fines concurrentes sean compatibles entre sí*».

El apartado segundo de este mismo precepto regula la distribución de las facultades de utilización, administración y defensa de los bienes y derechos afectados,

---

<sup>267</sup> Algunas Comunidades Autónomas prevén en sus normas de Patrimonio la posibilidad de que los bienes y derechos sean objeto de afectación a más de un uso o servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma o de sus organismos públicos, siempre que los diversos fines concurrentes sean compatibles entre sí. Así, pueden señalarse: el art. 84 de la Ley de Patrimonio aragonesa; el art. 36.3 de la Ley de Patrimonio de las Islas Baleares; el art. 62 de la Ley de Patrimonio de Canarias; el art. 96 de la Ley de Patrimonio cántabra; el art. 36 de la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León; el art. 49 de la Ley de Patrimonio extremeña; el art. 9 de la Ley de Patrimonio gallega; el art. 67.3 de la Ley Foral navarra; el art. 25.2 de la Ley de Patrimonio valenciana; y el art. 55 de la Ley de Patrimonio del País Vasco.

que deberá determinarse en la resolución por la que se acuerden las afectaciones concurrentes.

En las leyes reguladoras de los sectores demaniales especiales, se constata también esta posibilidad. Por ejemplo, las aguas y las costas, dos importantes recursos naturales están destinados a un uso público, pero también, debido al componente medioambiental que poseen, tienen como cometido la satisfacción de necesidades ambientales. Este último destino no excluye el principal, pero puede justificar, en algunos casos, su limitación configurando un nuevo concepto de uso público con matices claramente ambientales.

El uso público característico del demanio natural no es ya el tradicional uso común o general, que debe ordenarse de acuerdo con las necesidades de inmediata satisfacción, sino que es un uso que debe ser respetuoso con las necesidades de las generaciones futuras. En esta línea, la Ley de Aguas obliga a que el uso común de los recursos hidrológicos se lleve a cabo *«de forma que no se produzca una alteración de la calidad y el caudal de las aguas»* (art. 48.2). Esta limitación a la forma de ejercicio del uso común viene acompañada de una serie de obligaciones impuestas al propio gestor de las aguas, que deberá compatibilizar su utilización con la *«conservación y protección del medio ambiente y la restauración de la naturaleza»* (art. 13).

La compatibilización del uso público característico del demanio marítimo y la protección del medio ambiente es clara también en la Ley de Costas, cuyo art. 2 establece que la actuación administrativa sobre el dominio público marítimo-terrestre perseguirá, entre otros, los siguientes fines: *«determinar el dominio público marítimo-terrestre y asegurar su integridad y adecuada conservación, adoptando, en su caso, las medidas de protección, y restauración necesarias y, cuando proceda, de adaptación, teniendo en cuenta los efectos del cambio climático; garantizar el uso público del mar, de su ribera y del resto del dominio público marítimo-terrestre, sin más excepciones que las derivadas de razones de interés público debidamente justificadas; regular la utilización de estos bienes en términos acordes con su naturaleza, sus fines y con el respeto al paisaje, al medio ambiente y al patrimonio histórico; y conseguir y mantener su adecuado nivel de calidad de las aguas y de la ribera del mar»*.

La Ley de Minas también contiene esta clase de previsiones al respecto, cuando señala que en caso de posible incompatibilidad, el art. 36 de la Ley de Minas permite la compatibilidad de aprovechamientos, debiendo determinar el Gobierno cuál debe

prevalecer si dos se declaran incompatibles.

Asimismo, en la Ley de Vías pecuarias, los arts. 16 y 17 permiten bajo los epígrafes de «*usos compatibles*» y «*usos complementarios*», respectivamente, la existencia de usos compatibles con la actividad pecuaria (usos tradicionales que siendo de carácter agrícola y no teniendo la naturaleza jurídica de la ocupación, se ejerciten en armonía con el tránsito ganadero, así como plantaciones lineales, cortavientos u ornamentales, cuando permitan el tránsito normal de los ganados) y el paseo, la práctica del senderismo, la cabalgata y otras formas de desplazamiento deportivo sobre vehículos no motorizados siempre que respeten la prioridad del tránsito ganadero.

Otro caso claro de estas afectaciones concurrentes, ya fuera del dominio público natural, es, por ejemplo, la instalación de raíles de tranvías sobre calles también destinadas al tráfico de vehículos, o el uso de un inmueble para sede de organismos públicos, y al mismo tiempo, para alojar servicios de explotación mercantil anejos a aquéllos, como puede ser la apertura de un restaurante en la sede de un museo. Se trata de supuestos en los que los fines deben ser compatibles y complementarios.

#### **1.4. EL CESE DE LA DEMANIALIDAD: LA DESAFECTACIÓN**

##### **1.4.1. Concepto y características**

La desafectación consiste en poner fin al destino de uso o servicio público de bienes o derechos hasta entonces demaniales. Comporta la pérdida de la condición jurídica demanial de un bien. Es, en consecuencia, el acto de salida de un bien del dominio público. Este fenómeno constituye el inverso a la afectación, quedando los bienes extraídos del demanio y pasando entonces a considerarse bienes patrimoniales de la Administración.

La demanialidad concluye con el cese de la afectación. Su objetivo es realmente sustraer al bien del régimen exorbitante al que estaba sometido cuando estaba destinado a un uso o a un servicio público. Por tanto, la desafectación conlleva la finalización de la demanialidad y debería responder siempre a un cambio en la utilización del bien, puesto que se pierde con ella la protección que dispensa el régimen demanial<sup>268</sup>.

---

<sup>268</sup> La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia núm. 107/2008, de 22 de febrero, -RJCA 2008/670-, aborda el requisito de oportunidad que debe existir para alterar la calificación jurídica de un determinado bien.

En otros términos, el efecto normal de la desafectación es la pérdida de la condición de dominio público, con la consiguiente conversión del bien correspondiente en patrimonial, de modo que, a partir de ese momento, el bien desafectado pasa a poder ser enajenado y embargado (art. 69 de la LPAP)<sup>269</sup>. La desafectación produce también la extinción de las autorizaciones y concesiones sobre el hasta entonces dominio público, cuando se cumplan los requisitos del art. 102 de la LPAP<sup>270</sup>.

---

<sup>269</sup> En el ámbito autonómico, también las leyes de Patrimonio de las diferentes Comunidades Autónomas contemplan la desafectación como el fenómeno que tiene lugar cuando un bien de dominio público deja de estar destinado a un uso o servicio público, pasando a ser de dominio privado. En este sentido se pronuncia el art. 60 de la Ley de Patrimonio andaluza; el art. 86 de la Ley de Patrimonio aragonesa; el art. 35 de la Ley de Patrimonio de las Islas Baleares; el art. 64 de la Ley de Patrimonio de Canarias; el art. 98 de la Ley de Patrimonio cántabra; el art. 28 de la Ley de Patrimonio de Castilla-La Mancha; el art. 38 de la Ley de Patrimonio de Castilla y León; el art. 7.3 de la Ley de Patrimonio catalana; el art. 48 de la Ley de Patrimonio extremeña; el art. 10 de la Ley de Patrimonio gallega; el art. 73 de la Ley de Patrimonio de La Rioja; el art. 23 de la Ley de Patrimonio madrileña; el art. 28 de la Ley de Patrimonio de Murcia; el art. 70 de la Ley de Patrimonio navarra; el art. 29 de la Ley de Patrimonio valenciana; y el art. 56 de la Ley de Patrimonio del País Vasco.

<sup>270</sup> La necesidad de que la desafectación deba ser realizada por los órganos competentes y por el procedimiento legalmente establecido es una premisa que ha seguido la jurisprudencia. Aunque no se establece el trámite para desafectar, la Administración deberá demostrar en las etapas procedimentales la motivación de la necesidad y oportunidad de llevar a cabo este cambio de régimen jurídico del bien o derecho objeto de desafectación. La justificación que debe contener el expediente de desafectación es controlable jurisdiccionalmente. Entre los mismos hay que destacar que al margen de la motivación se debe identificar y determinar el bien o bienes objeto de desafectación.

La competencia para desafectar los bienes o derechos de los diferentes Departamentos Ministeriales corresponde al Ministro de Hacienda. El procedimiento es incoado e instruido por la Dirección General del Patrimonio del Estado. Como establece el art. 70.1 de la LPAP, no se determina si es un procedimiento de oficio, sino que se señala que la incoación o instrucción puede comenzar o bien a iniciativa propia o bien a propuesta del Departamento que tuviera afectados bienes o derechos al que le correspondiese la gestión y administración de los mismos.

Para que se haga efectiva la desafectación, se requerirá la recepción formal del Ministerio de Hacienda, que puede ser realizada o bien mediante el acto de entrega o bien mediante el acta de toma de posesión. En los dos casos interviene la Dirección General del Patrimonio del Estado, para tratar de establecer un acto formal que sirva para señalar en qué instante concreto el bien cambia de naturaleza y pasa a tener otro estatuto jurídico.

A esta regla formal se oponen las desafectaciones implícitas o presuntas que no seguirán este procedimiento estipulado en la norma. Igualmente, la propia LPAP establece una desafectación con distinto procedimiento que es la de los bienes muebles. Se contempla que la desafectación de los bienes muebles, que hayan sido adquiridos por los Departamentos Ministeriales, o que éstos tuvieran afectados, será competencia de los mismos Departamentos (art. 70.4 de la LPAP).

Otro supuesto en el que la LPAP no sigue el procedimiento general es el que se debe seguir para desafectar los bienes o derechos de los que sean titulares otros organismos públicos. En dicho supuesto, es el Ministro titular del Departamento del que dependa, quien procede a desafectar, a propuesta de su Presidente o Director.

### 1.4.2. Clases de desafectación

La desafectación requiere un instrumento cuanto menos del mismo rango que la decisión por la que en su momento se procedió a aquélla, pudiendo encontrarse así desafectaciones por acto administrativo expreso y por norma con rango de ley, a las que habrá que sumar las acaecidas en aquellos supuestos en que varían las condiciones naturales que determinaron la entrada de los bienes en el dominio público o, con mayor precisión, por una pérdida de las características físicas que, de acuerdo con la definición legal, determinaron su afectación. Por ejemplo, el art. 370 del C.c. prevé un supuesto de desafectación natural que se produce cuando el cauce de un río queda abandonado por variar el curso de las aguas, correspondiendo los cauces abandonados a los dueños de los terrenos ribereños. Esta causa de desafectación, sin embargo, se está viendo limitada al máximo para impedir que la transformación de las características de los recursos naturales integrantes del dominio público deje abierta la puerta a apropiaciones privadas.

De esta manera, habrá que distinguir entre diversas formas de desafectación, teniendo en que cuenta que la misma, como regla general, debe ser expresa<sup>271</sup>, salvo en los supuestos previstos en la LPAP, en su art. 69.2, pero que también pueden existir, aunque el legislador se empeñe en prohibirlas, al menos desde un punto de vista material, desafectaciones implícitas o tácitas<sup>272</sup>.

---

<sup>271</sup> Abordando esta cuestión en el caso de las costas, las Sentencias del Tribunal Supremo, de 23 de enero de 2008, -RJ 2008/1505-; de 28 de junio de 2010, -RJ 2010/5910-; y de 12 de diciembre de 2012, -RJ 2012/2697-, explican que «la Ley de Costas no conoce supuestos de desafectación automática, por lo que los terrenos deslindados como dominio público, aun habiendo perdido sus características naturales, seguirán siendo dominio público, ya que su desafectación (ex artículo 18 LC) debe ser expresa en todo caso y antes de proceder a ella habrán de practicarse los correspondiente deslindes». Sin embargo, los terrenos que han perdido sus características naturales de playa, acantilado o zona marítimo-terrestre no han de mantenerse indefinidamente el ámbito del dominio público por el sólo hecho de que un deslinde practicado antes de la desnaturalización de los terrenos, los incluyó en su día como demaniales.

<sup>272</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, J., «Afectación, desafectación y mutaciones demaniales», HORGUÉ BAENA, C. (dir.), *Régimen patrimonial de las Administraciones Públicas...*, op. cit., pp. 98 y 99, pone de manifiesto que, aunque el legislador se empeñe en prohibir tácitamente las desafectaciones implícitas y tácitas, es innegable que pueden existir, al menos desde el punto de vista material. «¿Qué ocurre, por ejemplo, en los casos de afectación implícita por causa de expropiación forzosa si la Administración pública desiste del proyecto que motivó la expropiación? Parece lógico pensar que, en este caso, los bienes o derechos objeto de la expropiación dejarán de estar destinados al fin para el que originariamente se expropiaron, procediéndose, así lo prevé la Ley, a la correspondiente reversión de dichos bienes o derechos a los expropiados».

En primer lugar, encontramos la desafectación expresa que precisa, al igual que la afectación, la tramitación de un procedimiento previo con el contenido y los requisitos del art. 72 del RGPAP, en especial la depuración física y jurídica del bien, salvo concurrencia de causas suficientes y acreditadas. Puede llevarse a cabo por:

**A) *Ley formal***

Al igual que la ley atribuyó al bien o derecho el carácter de demanial, deja de darle esta consideración. Nada se opone a que, al igual que en un momento determinado el legislador, determinó por ley, que una determinada categoría de bienes o derechos pertenecieran al dominio público, ahora decida que dejen de estar en el mismo. Son varias las normas que en nuestro ordenamiento jurídico se refieren y sostienen la necesidad de desafectación formal. Así, podemos señalar:

El art. 18 de la Ley de Costas indica que sólo podrá procederse a la desafectación de terrenos, previo informe preceptivo del Ayuntamiento y de la Comunidad Autónoma y previa declaración de innecesariedad. Seguidamente, el art. 19 establece que los terrenos desafectados se incorporarán al Patrimonio del Estado; añadiéndose la posibilidad de que cuando no se prevea su afectación puedan ser cedidos gratuitamente al Municipio o a la Comunidad Autónoma.

Los arts. 44 y 45 de la Ley de Puertos se refieren, respectivamente, a la desafectación de bienes de dominio público adscritos a las autoridades portuarias y de los bienes adscritos a Puertos del Estado. En el primer caso, se exige declaración previa de innecesariedad por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria e Informe de la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar sobre las características físicas de dichos bienes, a efectos de la protección y defensa del dominio público marítimo-terrestre. En el segundo, es precisa declaración previa de innecesariedad por el Consejo Rector de Puertos del Estado.

El art. 17 de la Ley de Montes es el que se refiere a la desafectación de los montes demaniales, precisando que corresponde a la Comunidad Autónoma regular el procedimiento de desafectación de los mismos: «1. *La desafectación de los montes catalogados del dominio público forestal requerirá, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 18.4, su previa exclusión del catálogo. 2. La desafectación de los restantes montes demaniales se tramitará por su Administración titular y requerirá, en todo caso, el informe favorable del órgano forestal de la comunidad autónoma. 3. La comunidad*

*autónoma regulará el procedimiento de desafectación de los montes demaniales».*

El art. 10 de la Ley de Vías pecuarias afirma que *«Las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 5, apartado e), podrán desafectar del dominio público los terrenos de vías pecuarias que no sean adecuados para el tránsito del ganado ni sean susceptibles de los usos compatibles y complementarios a que se refiere el Título II de esta Ley. Los terrenos ya desafectados o que en lo sucesivo se desafecten tienen la condición de bienes patrimoniales de las Comunidades Autónomas y en su destino prevalecerá el interés público o social».*

### ***B) Por acto singular y expreso***

Un acto singular y expreso revoca la afectación del bien o derecho convirtiéndolo en patrimonial. Esta desafectación no puede realizarse cuando la afectación ha sido por ley.

### ***C) Por efecto reflejo de otro acto administrativo***

Este supuesto excepcional de desafectación implícita tiene lugar por efecto reflejo de otro acto administrativo que tiene una finalidad distinta. Así sucede en los casos de expropiación forzosa cuando se ejercita el derecho de reversión (art. 24.4 de la LPAP) o cuando se produce la desadscripción de bienes y derechos a organismos o entes públicos justamente por incumplimiento del fin para el cual fueron adscritos. La desafectación implícita puede producirse, asimismo, por hechos concluyentes, si bien, en tales casos, la jurisprudencia exige la prueba de la evidencia por quien alegue la desafectación<sup>273</sup>. Es lo que sucede con la desafectación realizada a través de un acto de

---

<sup>273</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de diciembre de 2007, -RJ 2008/88-, admite la dificultad de aceptar este tipo de desafectación tácita de bienes de dominio público, pero admite que eventualmente se puede producir cuando los hechos concluyentes y rotundos mantenidos en el tiempo por el titular demanial, así lo pusieran en evidencia. Más clara es la Sentencia del Tribunal de Justicia de Andalucía, de 20 de abril de 2001, -RJ 2001/1334-, que reproduciendo lo dispuesto por las Sentencias del Tribunal Supremo, de 30 de noviembre de 1965, -RCL 1965/5578-, y de 2 de junio de 1989, -RJ 1989/4322-, afirma que, conforme a las Sentencias anteriormente indicadas, *«En principio toda desafectación de un bien destinado a un servicio público exige que sea declarada expresamente por la Administración, como consecuencia del expediente iniciado por el Departamento bajo cuya administración y custodia se encuentren los bienes y a la vista de las circunstancias que aconsejan la misma. Pero el principio anterior fue cuestionado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1965, recaída precisamente en un recurso interpuesto contra resolución del Ministerio de Defensa sobre derecho de reversión de la Isla de Cabrera al afirmar «que en la aplicación directa al tema de la desafectación de los bienes expropiados a la finalidad del destino que provoca la declaración de necesidad, se logra la indudable ventaja, como garantía jurídica que la Ley de Expropiación indudablemente persigue, de no dejar indefenso al expropiado cerrándole el paso mientras no se declare espontáneamente por la*



deslinde; de la aprobación definitiva de planes de ordenación urbana que determinan que un terreno dejará de tener un uso público o los cambios de destino producidos por un acto administrativo. En estos casos, no obstante, la desafectación no se entiende efectuada hasta la recepción formal de los bienes deslindados por la Administración titular.

#### ***D) Por uso continuado***

Finalmente, existe la desafectación presunta que parece resultar inadmisibles para los bienes de dominio público estatal, por exigir el art. 69.2 de la LPAP su realización siempre de forma expresa, pero que innegablemente puede existir desde un punto de vista material. Si un bien patrimonial queda afectado presuntamente, convirtiéndose en demanial por el uso continuado de la Administración para fin de uso general o de servicio público, sin acto expreso alguno, cabe preguntarse qué sucede en el caso inverso<sup>274</sup>.

## **2. LA AFECTACIÓN Y SU RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS CONFIGURADORES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEMANIAL**

De la afectación deriva el régimen jurídico propio de los bienes demaniales. Puede afirmarse que la afectación es el fundamento de la inalienabilidad, de la inembargabilidad y de la imprescriptibilidad, así como de las prerrogativas en manos de la Administración para proteger los bienes y derechos de dominio público. Así lo ha afirmado nuestra jurisprudencia<sup>275</sup> en reiteradas ocasiones sosteniendo que «*es precisamente esa afectación o destino de los bienes de propiedad administrativa a un fin público la que determina el nacimiento de todos los efectos que del dominio público se desprenden, entre otros, el de su inalienabilidad, pero sin que pueda predicarse esa nota respecto de los bienes que no sean de propiedad administrativa -Estado, Provincia o Municipio-*».

---

*Administración y no se le comunique la desafectación del bien al destino público al que se afectó. En definitiva, se admite la posibilidad excepcional de apreciar que la desafectación se ha producido tácitamente, aun cuando no exista el acto expreso contemplado como supuesto general y ello exclusivamente para evitar supuestos extremos en los que la omisión de la Administración, determinase la imposibilidad de que el administrado ejercitase el derecho de reversión pese a la patente y manifiesta desafectación fáctica del bien».*

<sup>274</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, J., «Afectación, desafectación y mutaciones demaniales», HORGUÉ BAENA, C. (dir.), *Régimen patrimonial de las Administraciones Públicas...*, op. cit., pp. 98 y 99.

<sup>275</sup> Entre otras, pueden consultarse las Sentencias del Tribunal Supremo, de 21 de junio de 1983, -RJ 1983/3362-, y de 25 de mayo de 1993, -RJ 1993/3795-.

En efecto, los principios configuradores de los bienes demaniales no son una consecuencia de la naturaleza de los bienes de dominio público, sino de la afectación. Los bienes de titularidad de la Administración reúnen estas características en tanto que no sean desafectados y convertidos en patrimoniales.

El dilema que se plantea entre estas notas y la afectación es que la dogmática clásica ha formulado estos dogmas, -particularmente, el principio de inalienabilidad-, otorgando a sus efectos la máxima amplitud posible y esa extensión desmesurada, cada vez más generalizada, ha acabado perjudicando a las propias Administraciones públicas.

El lugar esencial que han pasado a ocupar las actividades económicas que se ejercen sobre el dominio público conduce a alterar los principios tradicionales del Derecho demanial que no fomenta, sino más bien desincentiva las oportunidades ligadas a la valorización de los bienes públicos.

Justamente por ello, existe actualmente un cierto consenso sobre la desmesurada rigidez de los dogmas de la propiedad pública que manifiestan síntomas de inadaptación, así como un acuerdo sobre la necesidad de reivindicación de respuestas flexibilizadoras<sup>276</sup>.

Es cierto que los principios demaniales se benefician de una fuerte legitimidad histórica porque preexisten a la noción misma de dominio público, pero el problema es que se han entendido dichas reglas en un sentido absoluto y abstracto, perdiendo su origen funcional e instrumental y, consecuentemente, sus limitaciones. Esta rigidez tradicional no debe hacernos perder de vista la verdadera razón de ser del régimen demanial: la afectación a una finalidad pública y la consiguiente incorporación de todos los elementos del régimen jurídico de esta categoría de bienes, cuya finalidad es precisamente que el bien pueda prestar un servicio más adecuado a los intereses generales<sup>277</sup>. La noción de afectación del dominio público es la clave de la demanialidad pública<sup>278</sup> y debe respetarse siempre. Sin embargo, cuando la misma se aplica

---

<sup>276</sup> MOREU CARBONELL, E., «Desmitificación, privatización, y globalización...», *op. cit.*, p. 447.

<sup>277</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., «Notas sobre el régimen general del dominio público», *Derecho de los bienes...*, *op. cit.*, pp. 81 y ss.

<sup>278</sup> GAUDEMET, Y. reitera esta idea en varias de sus obras, entre las que pueden consultarse: *Droit Administratif des biens*, LGDJ, Paris, 2008, p. 489; «Les droits réels sur le domaine public»..., *op. cit.*, p. 1095; y «Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit public», *Revue de Droit Immobilier*, núm. 1, vol. 31, p. 8. En todas ellas llama la atención sobre la verdadera función de la demanialidad como protectora de la afectación y sobre los límites de la inalienabilidad hasta donde lo requiera ésta última.

desmesuradamente, su expansión excesiva provoca grandes inconvenientes prácticos y constituye un freno a la financiación privada de obras e infraestructuras públicas. En efecto, el crecimiento y abuso del criterio del dominio público permitió que se diera esta calificación a masas inmensas de bienes nuevos que no habían sido tenidos en cuenta cuando se pensaron los elementos constitutivos del régimen jurídico especial de los bienes demaniales. La ampliación de la noción de dominio público resalta la exigencia de reforma de algunos de los instrumentos principales de su régimen jurídico básico por la necesidad de adaptación a nuevas categorías de bienes y de aplicación de instrumentos de financiación y gestión de infraestructuras que se asientan sobre esos espacios demaniales usando técnicas contractuales nuevas hasta ahora incompatibles con algunos dogmas del régimen de los bienes públicos<sup>279</sup>.

Debe tenerse en cuenta que la CE establece que el régimen jurídico de los bienes de dominio público se basa en el principio de inalienabilidad, pero no obliga a que dicho principio se aplique de manera inmutable y absoluta. El propio texto constitucional, en el art. 132.1, así lo indica cuando reserva a la ley la regulación del régimen jurídico de dichos bienes *«inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación»*.

Como ha explicado GAUDEMET<sup>280</sup>:

*«La demanialidad no representa tanto un régimen de apropiación como una realidad dominada por el concepto de afectación; afectación a una utilidad pública que determina un régimen de protección específico, orientado a sus exigencias, pero limitado también a los requerimientos de la misma. La demanialidad pública no es en puridad un régimen de propiedad<sup>281</sup>, sino un régimen de Derecho público ligado a las exigencias del interés público, que tiene por ello -pudiera decirse- un carácter más funcional que real o patrimonial. Sin embargo, este dato básico es insuficientemente apreciado»*. Por ello, la orientación general de la futura evolución: *«(...) debería recentrar el régimen jurídico-público del dominio público sobre el único elemento que justifica dicho*

---

<sup>279</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público...*, op. cit., p. 1317.

<sup>280</sup> GAUDEMET, Y., «El futuro del Derecho de las propiedades públicas»..., op. cit.

<sup>281</sup> YOLKA, P., *La propriété publique...*, op. cit., p. 609, aclara que la propiedad pública y el dominio público no son sinónimos, pero sí son términos complementarios. Mientras el primero explica la parte fija del régimen de los bienes públicos, el segundo la mayor parte de los elementos que varían en función de la actividad.

*régimen: la afectación de ciertos patrimonios públicos al servicio de utilidades públicas directas».*

Es necesario prever excepciones a las reglas tradicionales para superar las dificultades ocasionadas por la extensión excesiva de la demanialidad<sup>282</sup> y por la aplicación de las consecuencias jurídicas propias de la misma en una época en la que se precisa más flexibilidad<sup>283</sup>. El refuerzo de las reglas jurídicas aplicables al dominio público puede acabar ocasionando obstáculos y resultar obsoleto, teniendo en cuenta los intereses económicos actuales, particularmente la voluntad de valorización del dominio público o búsqueda de rentabilidad de las dependencias demaniales.

El régimen jurídico de los bienes públicos disuade la iniciativa económica debido a los rigores incompatibles con las necesidades del desarrollo económico<sup>284</sup>. Sin embargo, lo que no puede ignorar este reclamo de dulcificación del régimen jurídico demanial es la exigencia de mantener los principios clásicos y el papel tan importante que cumple la Administración como gestora y garante de los intereses generales. La Administración está investida de una función de tutela, administración o cuidado de los bienes incorporados a la esfera del poder público<sup>285</sup> que debe mantenerse siempre.

Uno de los principales reproches a la demanialidad pública es la imprecisión de su campo de aplicación, imprecisión que genera una gran inseguridad jurídica al no poder adaptarse al contexto actual y, especialmente, al no permitir la mejor explotación de los bienes a los que cada vez se les otorga más valor económico<sup>286</sup>. Se debe reducir el campo de aplicación de los principios tradicionales para que solamente queden

---

<sup>282</sup> GAUDEMET, Y., «Ouvrage immobilier complexe et domanialité publique», *Revue de Droit Immobilier*, 1999, pp. 507 y ss.

<sup>283</sup> BARCELONA LLOP, J., «Novedades en el régimen jurídico...», *op. cit.*, pp. 558 y 559.

<sup>284</sup> CAILLOSSE, J. argumenta, en su trabajo «Le Droit Administratif contre la performance publique?», *Actualité Juridique Droit Administratif*, núm.3, 1999, pp. 195 y ss., que los efectos materiales de la inadaptación de la demanialidad pública a las exigencias de la vida económica tiene como efecto material el desaliento de la inversión porque el dominio público, que no ha sido construido con la intención de servir mejor a las actividades económicas, es sustraído completamente del Derecho de la propiedad privada.

<sup>285</sup> GONZÁLEZ SANFIEL, A. M., en su obra *Un nuevo régimen para las infraestructuras...*, *op. cit.*, pp. 164-165, explica que como ha indicado el Tribunal Constitucional el dominio público aparece como un instrumento para «asegurar una ordenación racional y socialmente aceptable de su uso o disfrute». Así, la responsabilidad de la Administración en relación a los bienes demaniales comprende esta doble faceta: garantía de la integridad y de la utilización racional.

<sup>286</sup> FATÔME, E., «A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public», *Actualité Juridique en Droit Administratif*, núm. 23, 2003, p. 1192.

incluidos los bienes cuya sumisión aparece como realmente necesaria y se posibilite así una mayor “rentabilización” o “valorización” de éstos, de manera que se mejore la eficacia en la gestión y en la utilización de los bienes y se proporcionen expectativas más sólidas y fiables a las inversiones privadas sobre el dominio y a los derechos de los ocupantes privativos.

Asimismo, al contener la demanialidad, evitando su hipertrofia, tal y como ha sucedido en muchas ocasiones, se facilitan las operaciones de financiación privada de infraestructuras. Esto es importante ya que no cabe esperar que, en todos los casos, el resultado cuando la Administración sufraga por completo una inversión sea idéntico a cuando son otros sujetos con sus recursos financieros y empresariales quienes lo hacen<sup>287</sup>. Es preciso un marco jurídico más flexible que el que presenta el Derecho demanial actual para potenciar la intervención de los ocupantes del dominio público<sup>288</sup>. Si supera el enfoque reduccionista de intereses privados y públicos, las garantías otorgadas a los primeros pueden actuar también en servicio de los segundos<sup>289</sup>.

Con la finalidad de limitar la aplicación excesiva de los principios tradicionales de la teoría general del dominio público, se propone ver el fundamento de la inalienabilidad no en la naturaleza del bien ni en la identidad pública del propietario, sino únicamente en la necesidad de continuidad de los servicios públicos prestados a partir de esos bienes<sup>290</sup>. En consecuencia, se afirma que se deben tener en cuenta las especificidades de los bienes a proteger y adaptar las reglas en función de cada tipo de ellos. De esta manera, la inalienabilidad no sería un principio aplicable proveniente de la demanialidad pública, sino que se convertiría en una técnica jurídica que permitiría a los bienes estar protegidos. Consiguientemente, el objetivo principal a cumplir sería

---

<sup>287</sup> RUIZ OJEDA, A., *Domínio público y financiación privada...*, op .cit., p. 15.

<sup>288</sup> DERUY, L., GAUDEMET, Y. y MANDELKERN, D., en su trabajo «*Rapport du groupe de travail: Valorisation des propriétés publiques*», *Droit public des biens*, Petites affiches, núm. 147, 2004, p. 44, resaltan: «*Au-delà de l'intérêt que peut présenter pour les personnes publiques l'aliénation de ces biens, il s'agit pour les gestionnaires du domaine public d'être en mesure de faciliter des projets de valorisation. Le financement de telles opérations ne saurait intervenir si le cadre juridique propre par la domanialité publique n'offre pas un minimum de sécurité, de lisibilité et de souplesse pour les investisseurs ou pour les prêteurs... Il serait regrettable, alors que le droit des contrats publics procède d'un réalisme grandissant en prenant notamment mieux en considération les contraintes de financement, que la réalisation de projets sur le domaine public se heurtent à la complexité voire à l'archaïsme du droit domanial*».

<sup>289</sup> MORAND DEVILLER, J., «La valorisation économique du patrimoine public», *L'unité du droit, Mélanges Drago*, Paris, 1996, p. 274.

<sup>290</sup> Esta idea es explicada por el Institut de la Gestion Déléguée, MANDELKERN, M.D. (président), en su rapport du groupe de travail «*Valorisation des propriétés publiques*», p. 88.

encontrar un justo equilibrio entre la protección de los bienes correspondientes y los imperativos económicos del momento<sup>291</sup>.

La cuestión no deja de ser, sin embargo, conflictiva. El régimen hiperproteccionista de la propiedad pública obstaculiza ciertas operaciones, pero las técnicas y herramientas utilizadas para rentabilizar el dominio público y adaptarse a las nuevas necesidades deben racionalizarse y regularse porque en caso contrario existe riesgo de dañar gravemente la afectación. El régimen demanial debe ser aplicado con cautela para no perder su razón de ser. Resulta primordial asegurar una buena convivencia entre los principios históricos y los intereses económicos de la valorización. No se puede ocultar la conveniencia de rentabilizar los bienes pertenecientes a las Administraciones públicas, pero tampoco es posible aceptar la explotación del dominio público a cualquier precio<sup>292</sup>. Por ello, si bien es cierto que se deben matizar las consecuencias que provoca la extensión desmesurada del régimen demanial, uno de los problemas más acuciantes existentes en relación con el dominio público, también lo es que la afectación originaria que cumplen los bienes no tiene que ser perjudicada. Como límite infranqueable, estas técnicas no podrán admitirse cuando contraríen la afectación. Quiere decirse que, aunque la voluntad de valorizar económicamente el dominio público conduce ineludiblemente a una limitación progresiva del principio de inalienabilidad, no puede maltratarse este principio hasta el punto de convertirlo en la excepción a la regla<sup>293</sup>.

La protección que deben dispensar las Administraciones públicas a sus bienes y derechos demaniales es absoluta en lo que respecta a la preservación de la integridad material de los mismos. El ordenamiento jurídico administrativo no puede estar más interesado en proteger la atribución de títulos de uso que en mantener su afectación, para lo cual resulta fundamental que dichos bienes conserven en todo momento las condiciones materiales de integridad que hacen posible la finalidad pública que cumplen<sup>294</sup>. Por este motivo, la Administración debe asegurar en todo momento que el dominio público permanece afectado a la utilidad pública ya que, -como se ha reiterado-

---

<sup>291</sup> Actas del coloquio «La valorisation économique...», *op. cit.*, p. 92.

<sup>292</sup> Actas del coloquio «La valorisation économique...», *op. cit.*, p. 93.

<sup>293</sup> JÜEN, P., «La compatibilité du principe d'inaliénabilité avec la constitution de droits réels», *Revue de Droit Immobilier*, núm.4, vol.22, 2000.

<sup>294</sup> FONT I LLOVET, T., «La protección del dominio público en la formación del Derecho Administrativo español: potestad sancionadora y resarcimiento de daños», *Revista de Administración Pública*, núm. 123, 1990, p. 81.

a pesar de que los bienes públicos pueden ser fuente de renta para la Administración titular de los mismos, ésta no es su misión principal. Su cometido puede ser la colaboración en la obtención de máxima rentabilidad económica, pero sobre de rentabilidad social. Por ello, tiene que quedar siempre reconocida la capacidad de rechazar todo uso que se haga contrario a la afectación e igualmente poder poner fin a cualquier utilización no conforme con la misma<sup>295</sup>. La necesidad de protección de los bienes se contempla directamente en la CE que, por una parte, configura la indisponibilidad como rasgo central del dominio público y, por otra, en el art. 132.3 sostiene que «*por ley se regularán el patrimonio del Estado y el patrimonio nacional, su administración, defensa y conservación*». Este mandato se concreta también en el art. 28 de la LPAP que impone a la Administración la obligación de proteger y defender su patrimonio ejerciendo «*las potestades administrativas y las acciones judiciales que sean procedentes para ello*»<sup>296</sup>.

En consecuencia, debe repensarse el alcance tradicional otorgado a las reglas de la inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, para lograr conciliar la protección del dominio público y la búsqueda de rentabilidad de sus dependencias<sup>297</sup>, lo cual no quiere decir que ese intento de conjugar las ventajas de la lógica de la protección y las de la valorización sea sencillo. Hay autores que defienden que incluso es ilusorio pensar que pueden coexistir simultáneamente estas dos tendencias sustancialmente diferentes, es decir, sostienen que no se puede reivindicar, de una parte, la idea de una protección demanial poderosa y aspirar, de otra, a obtener los beneficios económicos de una explotación que pretende mejorar la rentabilidad. Estaríamos, según esta posición doctrinal, ante dos enfoques igualmente legítimos y respetables, pero entre los cuales habría que elegir ya que no cabe simplemente reunirlos<sup>298</sup> y pretender que pacíficamente coexistan. De esta manera, la perspectiva económica y financiera que

---

<sup>295</sup> YOLKA, P., *Code General de la Propriété de Personnes Publiques commenté...*, op. cit., p.103.

<sup>296</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Derecho de los bienes públicos...*, op. cit., pp. 81 y ss.

<sup>297</sup> Véase DELALOY, G., «Faut-il supprimer le principe d'inaliénabilité du domaine public?», *Revue du Droit Public de la Science Politique en France et à l'étranger*, núm. 3, 2006.

<sup>298</sup> FATÔME, E., «A propos des bases constitutionnelles...», op. cit., p. 1192, explica que para entender esta realidad basta constatar que la misma regla, el mismo principio, aparece como constitutivo de un privilegio o prerrogativa desde una óptica de conservación y de una sujeción o perjuicio desde una óptica de explotación. Por ejemplo, sucede así con el principio de precariedad, que permite a la Administración poner fin antes del término fijado a una ocupación que deviene aparentemente contraria al cumplimiento de la afectación. Mientras que se presenta como una prerrogativa, para la protección por dicha posibilidad de poner fin anticipadamente a la ocupación contraria a la realización de la afectación; en la medida en que puede disuadir a los ocupantes privativos de invertir en el dominio público es una desventaja, para la óptica de explotación.

exige flexibilidad de la técnica demanial, rígida e inadecuada en su construcción clásica para conseguir aquel objetivo sólo conduciría a la deformación de instituciones jurídicas<sup>299</sup>.

### 3. LA CONSTRUCCIÓN DE LA NOCIÓN DE “COSA PÚBLICA” EN TORNO A LA AFECTACIÓN

Reiterando la idea anterior, puede afirmarse que para potenciar una valorización del dominio público, se requiere flexibilizar el régimen jurídico demanial y, especialmente, el principio de inalienabilidad, que por su extensión desmesurada provoca inconvenientes en la búsqueda de rentabilidad a través de los bienes públicos, pretendida en la actualidad. Para dar su exacta función a la inalienabilidad, esto es, proteger la afectación y que pueda actuar como garantía del buen ejercicio de la utilidad pública que caracteriza toda dependencia demanial, es conveniente reubicar el régimen demanial en el lugar que le corresponde, para que no pierda su verdadera razón de ser, la afectación, y dejar en segundo plano la naturaleza del propietario del bien<sup>300</sup>.

Son varios los autores que proponen establecer, para ello, la regulación de un nuevo concepto de cosa pública que gire exclusivamente en torno a la afectación, clave de la demanialidad pública, superándose las diferencias injustificadas entre los bienes demaniales y los patrimoniales<sup>301</sup>, que muchas veces sitúan a los bienes a un lado u otro

---

<sup>299</sup> GONZÁLEZ SANFIEL, A. M., *Un nuevo régimen para las infraestructuras...*, *op. cit.*, p. 291.

<sup>300</sup> LAVIALLE, C., expone en su trabajo «Le domaine public: une catégorie juridique menacée?», *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 3, 1999, pp. 578 y ss., que el hecho de resituar el régimen demanial en su verdadera razón de ser: la afectación es el efecto positivo de la crisis de las propiedades públicas. Las categorizaciones clásicas han perdido eficacia descriptiva, pero ello no elimina la idea última del dominio público: la garantía de la afectación de ciertos bienes y recursos a las finalidades públicas, que es lo que realmente se está garantizando, en una evolución imparable hacia el concepto de cosa pública desligada del dato definitorio de la titularidad pública. En la doctrina española, ha sido abordado por GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *La titularidad de los bienes...*, *op. cit.*, pp. 142-143. Los poderes de protección de los bienes demaniales (medidas dirigidas a garantizar la cantidad y la calidad del dominio público) no siempre conducen a ámbitos de poder que ejercita el titular de los mismos y ni siquiera las medidas esenciales para lograr esos fines son resultado de la actividad del titular. Por un lado, se trata de una expresión indeterminada que lleva a una pluralidad de ámbitos de actuación de los poderes públicos. La protección afecta a todos los actos que tomen como punto de referencia el bien del dominio público. En sentido inverso, hallamos medidas que son claramente de protección del dominio público que no pueden ser ejercitadas por una Administración pública en la medida en que la titularidad de esa función pertenece a otro ente público. Quiere decirse que la afectación supera la titularidad pública y permite definir un régimen jurídico exorbitante para ciertos bienes, aplicable incluso a aquéllos que se encuentran en manos privadas.

<sup>301</sup> MOREU CARBONELL, E., «Desmitificación, privatización y globalización...», *op. cit.*, p. 448, propone formular una nueva definición de cosa pública que englobe a todos los bienes que se encuentren



de la frontera, no como consecuencia de las funciones expresas que cumplan de interés general, sino por la diferente consideración que tenga para los encargados de la elaboración del inventario.

De entre ellos, deben destacarse los argumentos de MOREU CARBONELL<sup>302</sup>, quien analiza la falta de coherencia existente en la clasificación de los bienes públicos, y explica, a la vista de la situación en la que se encuentra el Derecho de los bienes públicos<sup>303</sup>, articulado sobre la división entre las dos clases de bienes, que éste está construido sobre los siguientes mitos y falacias:

1. De la protección y privilegios, porque los privilegios no sólo se aplican a los bienes demaniales, sino también a los patrimoniales e incluso son objeto de matización en función de quién sea la Administración pública titular. La calificación de los bienes como de dominio público o comunales no obstaculiza la privatización producida en los últimos años para obtener una rentabilidad inmediata ya que el principio de inalienabilidad de las propiedades públicas se solventa con una simple desafectación. En definitiva, la desafectación no es más que un trámite para guardar las apariencias cuando se quiere obtener una rentabilidad de la gestión privada del dominio público.
2. De la afectación, ya que los bienes patrimoniales, al igual que los demaniales están afectos a usos y servicios públicos a pesar de que se les otorgue y mantengan dicha calificación debido a prejuicios dogmáticos o relacionados con la rentabilidad. La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 166/1998, de 15 de julio, cuyo examen se abordará en el Capítulo quinto, al sostener que los bienes patrimoniales también pueden encontrarse afectados a finalidades públicas, confirma que la afectación a un uso o servicio público no es monopolio

---

afectados a un servicio de interés general o a una finalidad pública, independientemente de su titularidad en manos públicas o privadas.

<sup>302</sup> MOREU CARBONELL, E., «Desmitificación, privatización y globalización...», *op. cit.*, pp. 454 y 455.

<sup>303</sup> MOREU CARBONELL, E., en su trabajo «Desmitificación, privatización y globalización...», *op. cit.*, pp. 447 y ss., aclara que la situación del Derecho contemporáneo de los bienes públicos se caracteriza por la convivencia de dos tendencias: «una tendencia expansiva, que conduce a una propagación del régimen de propiedad pública a bienes que muy difícilmente encajan en el molde tradicional, pero para los cuales resulta muy conveniente extender las potestades y exorbitancias clásicas; y otra tendencia restrictiva, que, sin discutir la necesidad de mantener los principios clásicos para ciertos bienes públicos, busca para los demás una atenuación o flexibilización que facilite su gestión y explotación sin sujeción a los rigores del régimen tradicional».

exclusivo del dominio público y que, al contrario, es perfectamente compatible con un régimen de propiedad privada de los bienes.

3. De la concesión, que ha ocasionado una patrimonialización de derechos en manos privadas más intensa que el derecho de propiedad pleno.
4. De la titularidad. El propio Tribunal Constitucional ha afirmado que la titularidad de los bienes cede ante el sistema de reparto competencial derivado del Estado autonómico.

Como consecuencia de todas estas falacias, recalca la conveniencia de reconstruir el Derecho de los bienes públicos; reconstrucción que debe ser realizada no por el Tribunal Constitucional ni por la jurisprudencia, sino por el legislador. Es necesario, por tanto, una Ley general que regule el estatuto de los bienes públicos. Todo ello nos conduce a la reelaboración de un nuevo concepto de cosa pública, que pivote exclusivamente en torno a la afectación, para englobar a todos aquellos bienes que, con independencia de su titularidad en manos públicas o privadas, se encuentren afectados a un servicio de interés general o a una finalidad pública. Las fronteras entre lo público y lo privado aparecen difuminadas al máximo.

#### **4. LA DISTINTA INTESIDAD DE LA AFECTACIÓN EN FUNCIÓN DEL CONCRETO BIEN AL QUE SE APLICA**

No puede pasarse por alto que, cuando hablamos de bienes demaniales, es importante tener en cuenta que son muy numerosos y variados todos los que se incluyen dentro de esta categoría. Esas diferencias existentes entre ellos ocasionan que no puedan ser tratados de igual manera, pues el destino o finalidad a la que están afectados tampoco lo es. Por ello, será primordial considerar cuál es el papel de la afectación en cada caso para saber, consecuentemente, cómo se podrá dar cabida o no a la corriente de valorización. Algunos bienes permitirán e-incluso será conveniente- su explotación, mientras que en otros será mejor la conservación y no podrán prestarse a operaciones de rentabilización.

Así, ha de señalarse como, en algunos casos, los sectores especiales del dominio público contemplan la explotación y, sin embargo, otros ni siquiera la mencionan.

La Ley de Puertos define, en el art. 3, los puertos comerciales como aquellos que *«en razón a las características de su tráfico reúnen condiciones técnicas, de*

*seguridad y de control administrativo para que en ellos se realicen actividades comerciales portuarias, entendiéndose por tales las operaciones de estiba, desestiba, carga, descarga, transbordo y almacenamiento de mercancías de cualquier tipo, en volumen o forma de presentación que justifiquen la utilización de medios mecánicos o instalaciones especializadas».*

Los arts. 111 bis y siguientes de la Ley de Aguas regulan el régimen económico-financiero de la utilización del dominio público hidráulico, afirmando que las Administraciones públicas *«en virtud del principio de recuperación de costes y teniendo en cuenta proyecciones económicas a largo plazo, establecerán los oportunos mecanismos para repercutir los costes de los servicios relacionados con la gestión del agua, incluyendo los costes ambientales y del recurso, en los diferentes usuarios finales»*<sup>304</sup>.

Los arts. 60 y siguientes de la Ley de Minas, que componen el Capítulo IV dedicado a la *«explotación»*, habilitan al Estado para otorgar concesiones de explotación, en la forma, requisitos y condiciones que se establezcan en esta norma.

Los arts. 14 y 15 de la Ley de Vías pecuarias autorizan las ocupaciones temporales por razones de interés público e incluso, excepcionalmente, por razones de interés particular. También se permite que los frutos y productos no utilizados por el ganado en el normal tránsito ganadero sean objeto de aprovechamiento. El importe del precio público que se perciba, en su caso, por los frutos y aprovechamientos de las vías pecuarias se destinará a la conservación, vigilancia y la mejora de las mismas.

Los arts. 36 y 37 de la Ley de Montes establecen las previsiones referidas a los aprovechamientos forestales, maderables y leñosos, cuya titularidad corresponde al titular del monte.

Son varios los artículos de la Ley de Telecomunicaciones (arts. 45 y 49) que regulan el derecho de uso del dominio público radioeléctrico, así como los principios aplicables a las tasas en materia de telecomunicaciones, a las que están sujetos los

---

<sup>304</sup> El agua es uno de los sectores demaniales afectados por la economización. Los recursos hídricos han sido objeto de un largo debate sobre la conveniencia o no de su apertura al mercado, unido a la polémica sobre el precio del agua que choca con prejuicios dogmáticos sobre su titularidad pública. Pueden consultarse los trabajos de EMBID IRUJO, A., *Precios y mercados del agua*, Civitas, Madrid, 1996, y MARTÍN MATEO, R., «El agua como mercancía», *Revista de Administración Pública*, núm. 152, 2000, pp. 7 y ss.

operadores y los titulares de derechos de uso del dominio público radioeléctrico o de recursos de numeración.

En el caso de la Ley de Carreteras, el art. 15 prevé expresamente la explotación, precisando que ésta comprende las operaciones de conservación y mantenimiento, las actuaciones encaminadas a la defensa de la vía y a su mejor uso, incluyendo las referentes a señalización, ordenación de accesos y uso de las zonas de dominio público, de servidumbre y de afección. Seguidamente, el art. 16 aclara que es el Estado el que, como regla general, explota directamente las carreteras a su cargo, *«siendo la utilización gratuita para el usuario, o, excepcionalmente, mediante el pago de peaje, cuyas tarifas aprobará el Gobierno»* y que cabe también la explotación por cualquiera de los sistemas de gestión indirecta de los servicios públicos que establece la Ley de contratos.

## **5. AFECTACIÓN DEMANIAL Y RESERVAS AL SECTOR PÚBLICO**

### **5.1. Afectación y reserva de recursos esenciales**

Para finalizar la cuestión de la afectación, ha de abordarse la confrontación entre el concepto de afectación demanial y el de reserva al sector público de recursos o servicios esenciales, al que se refiere el art. 128.2 de la CE, la cual no deja de plantear dificultades.

Las dos nociones tienen en común la idea de exclusión de titularidades privadas, esto es, la asunción en exclusiva por un sujeto público de bienes, recursos o servicios. A partir de ahí surgen algunas diferencias. La afectación demanial tiene como primer efecto la exclusión de un bien del tráfico jurídico privado, lo que supone la imposibilidad de ostentar sobre el mismo una titularidad dominical privada. Por su parte, la reserva al sector público se refiere a la posible exclusión del ejercicio de actividad económica privada en relación con determinados recursos o servicios.

Las dos instituciones difieren por su objeto y por sus efectos específicos, pero no resultan incompatibles entre sí. Por una parte, la demanialización de un bien incide sobre el ámbito material de expresión o ejercicio del derecho a la propiedad privada (art. 33 de la CE), pero no hace necesariamente otro tanto respecto al derecho a la iniciativa económica privada o de libertad de empresa (art. 38 de la CE), puesto que el bien público puede ser objeto de determinados tipos de aprovechamiento que signifiquen el ejercicio de la actividad empresarial privada mediante la explotación económica del

dominio público. En tal supuesto no cabría hablar en sentido estricto de que el bien o recurso en cuestión haya sido reservado al sector público, puesto que no se ha producido una exclusión del sector privado en relación al tráfico económico que puede desarrollarse sobre dicho bien o recurso.

De otro lado, la reserva al sector público del art. 128.2 de la CE afecta primariamente al ejercicio de la libre iniciativa económica privada, pero sólo eventualmente al derecho de propiedad privada, ya que la reserva puede recaer sobre bienes o recursos que ya son de titularidad pública, es decir, sobre bienes de dominio público, de modo que no se produciría entonces una delimitación del campo de actuación del derecho de propiedad privada *ex art. 33 de la CE*, aunque sí del de la libertad económica *ex art. 38 de la CE*, que no podrá proyectarse bajo la forma de aprovechamientos económicos privados de los bienes públicos.

Parece que puede establecerse un cierto paralelismo entre la noción constitucional de reserva de recursos o actuaciones económicas al sector público y la de afectación de bienes al dominio público, ya que en ambos supuestos se opera una exclusión del sector privado, en un caso, en relación al ejercicio de la libertad de empresa; en el otro, en relación al ejercicio del derecho de propiedad privada. Se trata, en realidad, de intervenciones que vienen a definir los límites del mercado y del tráfico económico<sup>305</sup>.

## 5.2. Reservas demaniales

Las reservas de recursos esenciales difieren de las reservas demaniales<sup>306</sup> (o “dominiales”<sup>307</sup>), que consisten en la utilización o aprovechamiento, por parte de la Administración, de los bienes o recursos del dominio público de su titularidad, con la consiguiente exclusión de usos o aprovechamientos por parte de terceros, salvo que sean compatibles con los fines de la reserva. El art. 104.1 de la LPAP permite que la Administración General del Estado se reserve el uso exclusivo de bienes de su

---

<sup>305</sup> FONT I LLOVET, T., «La ordenación constitucional del dominio público»..., *op. cit.*, pp. 3932 y ss.

<sup>306</sup> MORELL OCAÑA, L., *Curso de Derecho Administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 517, «El problema fundamental de las reservas es que su finalidad tenga el valor bastante como para excluir el aprovechamiento por los particulares. De ahí que se ha de realizar un paralelo entre las reservas demaniales y la reserva a la iniciativa pública de determinadas actividades económicas esenciales (que prevé el art. 128.2 CE)».

<sup>307</sup> BALLBÉ MALLOL, M., «Las reservas dominiales», *Revista de Administración Pública*, núm. 4, 1951, pp. 75 y ss. BARCELONA LLOP, J., *La utilización de los bienes por la Administración: las reservas dominiales*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 21, explica por qué emplea la palabra dominial en vez de demanial, que desde hace mucho tiempo es la de uso más frecuente.

titularidad destinados al uso general para la realización de fines de su competencia, cuando existan razones de utilidad pública o interés general que lo justifiquen<sup>308</sup>. A continuación, el apartado segundo añade que la duración de la reserva se limitará al tiempo necesario para el cumplimiento de los fines para los que se acordó.

En los sectores demaniales especiales encontramos varios artículos que se refieren a esta reserva. En concreto, el Capítulo II de la Ley de Minas, en los arts. 7 a 15, permite al Estado reservarse zonas de cualquier extensión en el territorio nacional, mar territorial y plataforma continental en las que el aprovechamiento de uno o varios yacimientos minerales y demás recursos geológicos pueda tener especial interés para el desarrollo económico y social o para la defensa nacional<sup>309</sup>.

El art. 43.1 de la Ley de Aguas indica: *«En los planes hidrológicos de cuenca se podrán establecer reservas, de agua y de terrenos, necesarias para las actuaciones y obras previstas»*.

Los arts. 47 y 48 de la Ley de Costas permiten a la Administración General del Estado reservarse la utilización total o parcial de determinadas pertenencias del dominio público marítimo-terrestre exclusivamente para el cumplimiento de fines de su competencia, siempre que concurren las circunstancias prevenidas en el art. 32 de esta misma Ley<sup>310</sup>.

Igualmente, el art. 15 de la Ley de Puertos habilita a la Administración General del Estado a reservarse espacios de dominio público marítimo-terrestre, con destino a las instalaciones navales y zonas portuarias que sean precisas para el cumplimiento de

---

<sup>308</sup> Dado el carácter general de la LPAP, la fórmula utilizada *«razones de utilidad pública o interés general que lo justifiquen»* no es muy precisa. En la misma situación se encuentran las leyes autonómicas de patrimonio, la mayor parte de las cuales no se pronuncian sobre el particular con mayor concreción que la del Estado. La fórmula más utilizada es que razones de utilidad pública y/o interés general justifiquen la reserva, añadiéndose a veces que esté previsto en la legislación especial.

<sup>309</sup> Las reservas mineras que operan sobre bienes que ya tienen la condición de bienes de dominio público son el ejemplo prototípico de reserva referidas más a la actividad de gestión y explotación de tales recursos que a su titularidad. MOREU CARBONELL, E., *Minas: régimen jurídico de las actividades extractivas...*, *op. cit.*, y «Minas, ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente», LÓPEZ RAMÓN, F. y ESCARTÍN ESCUDÉ, V. (coords.), *Bienes públicos, urbanismo y medio ambiente*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

<sup>310</sup> El art. 32.1 sostiene: *«Únicamente se podrá permitir la ocupación del dominio público marítimo-terrestre para aquellas actividades o instalaciones que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación»*.

los fines que la legislación vigente atribuye a la Guardia Civil, que quedarán excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley.

## **7. ADSCRIPCIÓN Y DESADSCRIPCIÓN DE BIENES Y DERECHOS**

### **7.1. ADSCRIPCIÓN**

#### **7.1.1. Concepto**

La inclusión en el concepto de mutación demanial de los supuestos en los que se modifica el organismo público destinatario del bien origina cierta confusión entre esta figura y la de la adscripción. Por este motivo, conviene clarificar cuáles son las diferencias entre ellas, analizando ahora las características de esta última.

La adscripción, regulada en los arts. 73 a 76 de la LPAP, es el mecanismo por el cual se pone a disposición de un organismo público bienes y derechos de la Administración General del Estado o de otro organismo público, sin alterar la titularidad del bien o derecho adscrito. Puede modificar la naturaleza o condición del bien adscrito, en la medida en que lleva implícita su afectación<sup>311</sup>.

#### **7.1.2. Características**

Las características de la figura se desprenden del art. 73 de la LPAP<sup>312</sup>: la adscripción constituye una simple puesta a disposición de bienes que no comporta cambio en su titularidad; tal puesta a disposición está subordinada a la utilización de los bienes adscritos para unos fines determinados; la adscripción puede modificar la naturaleza o condición del bien adscrito, en la medida en que lleva implícita su afectación; y, por último, cabe tanto la adscripción de bienes de la Administración General del Estado a favor de un organismo público como de bienes de un organismo público a favor de otro diferente.

---

<sup>311</sup> CLIMENT BARBERÁ, J., «Adscripción y desadscripción de bienes y derechos (artículos 65 a 72)», MESTRE DELGADO, J.F. (dir.), *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre...*, op. cit., p. 773, indica que la adscripción es sustancialmente una afectación demanial, que califica de formal e implícita y explica su carácter diferencial o especializado respecto de la afectación *in genere*, «en que viene limitada a determinados bienes -los patrimoniales- de determinada titularidad- Administración General del Estado y organismos dependientes-, sólo cabe respecto de determinados fines públicos, servicios o fines de competencia de organismos dependientes, y no altera la titularidad originaria de los bienes adscritos».

<sup>312</sup> SANTAMARÍA DACAL, A.I., «Mutaciones demaniales. Adscripción y desadscripción de bienes y derechos. Incorporación al Patrimonio de la Administración General del Estado de bienes de los organismos públicos», CHINCHILLA MARÍN, C. (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio...*, op. cit., p. 417.

**A) Puesta a disposición sin cambio en la titularidad del bien**

La adscripción consiste en la puesta a disposición de un bien, pero sin cambio en la titularidad del mismo. Así lo dispone expresamente el art. 73.3 de la LPAP («*la adscripción no alterará la titularidad sobre el bien*»).

Esta primera característica ha servido tradicionalmente para confrontar la figura de la adscripción a la cesión gratuita de bienes y derechos, caracterizándose la adscripción por ser una suerte de negocio jurídico atípico de cesión de uso, a diferencia de la cesión propiamente dicha que sí llevaba consigo una verdadera transmisión de titularidad, un auténtico traspaso de la propiedad del bien cedido a favor de la entidad beneficiaria<sup>313</sup>.

Sin embargo, esta contraposición entre ambas figuras no parece ya tan clara a la vista de la nueva regulación que de la cesión hacen los arts. 145 y siguientes de la LPAP. Estos preceptos permiten no sólo la cesión con efectos traslativos de la propiedad, sino también aquélla en la que se transmite al cesionario un derecho de uso sobre el bien. En este último supuesto, por tanto, la diferencia entre la adscripción y la cesión debe buscarse en otras características de las figuras. En particular, en los sujetos cesionarios, que pueden ser Comunidades Autónomas, Entidades locales, fundaciones públicas o asociaciones de utilidad pública (art. 145.1 de la LPAP). Por el contrario, la adscripción se hace siempre a favor de un organismo público.

**B) Carácter finalista de la adscripción**

La adscripción es una simple puesta a disposición de unos bienes o de derechos, una mera asignación de recursos que la Administración General del Estado o un organismo público realiza a favor de un organismo público para que éste los destine al cumplimiento de unos fines determinados.

Con arreglo al art. 73.1 de la LPAP: «*Los bienes y derechos patrimoniales de la Administración General del Estado podrán ser adscritos a organismos públicos dependientes de aquélla para su vinculación directa a un servicio de su competencia o para el cumplimiento de sus fines propios*».

---

<sup>313</sup> Así se deducía también de los arts. 74 a 79 de la LPE y del art. 45.1, que ordenaba que la cesión se hiciera constar en el Registro de la Propiedad, mediante la inscripción a favor del cesionario.



Por su parte, el art. 75 dispone, en su apartado primero, que «*Los bienes y derechos deberán destinarse al cumplimiento de los fines que motivaron su adscripción, y en la forma y con las condiciones que, en su caso, se hubiesen establecido en el correspondiente acuerdo*» y supedita toda alteración posterior de estas condiciones a autorización expresa del Ministerio de Hacienda. A continuación, el apartado segundo del precepto establece que «*la Dirección General del Patrimonio del Estado verificará la aplicación de los bienes y derechos al fin para el que fueron adscritos, y podrá adoptar a estos efectos cuantas medidas sean necesarias*».

### **C) La adscripción lleva implícita la afectación**

El art. 10 de la desaparecida Ley de 26 de diciembre de 1958, de Entidades Estatales Autónomas disponía que «*Los bienes que el Estado adscriba a los Organismos Autónomos para el cumplimiento de sus fines conservarán su calificación jurídica originaria. Los Organismos que reciban dichos bienes no adquieren su propiedad, y los habrán de utilizar exclusivamente para el cumplimiento de sus fines, bien en forma directa, bien mediante la percepción de sus rentas o frutos*», es decir, que si el bien adscrito era originariamente demanial, continuaría siéndolo, y si era patrimonial, la adscripción no determinaría por sí sola su incorporación al dominio público.

La doctrina distinguía así entre la adscripción de bienes y la afectación. Ambas categorías jurídicas coincidían en llevar implícita la idea del destino de unos determinados bienes, pero, en el caso de la afectación, dicho destino al uso general o al servicio público determinaba su incorporación en el dominio público, mientras que en el caso de la adscripción, el hecho de destinar el bien al cumplimiento de determinados fines del organismo público beneficiario no alteraba la condición de demanial o patrimonial de aquél.

La LPAP altera totalmente esta concepción de la adscripción al prever que, en todo caso, ésta llevará implícita la afectación del bien<sup>314</sup> y, en consecuencia, la

---

<sup>314</sup> MONTOYA MARTÍN, E., «Régimen común del patrimonio de los organismos públicos», HORGUÉ BAENA, C. (dir.), *Régimen patrimonial de las Administraciones Públicas...*, op. cit., pp. 138 y 139, explica: «*La razonabilidad de la medida y su justificación hay que buscarla poniéndolo en conexión con la índole o naturaleza de los fines que la LOFAGE encomienda a los organismos públicos. Pues si la adscripción supone la vinculación del bien a un servicio público su incorporación al demanio está plenamente justificada. Más en este caso la regla podría originar dificultades para diferenciar la adscripción de la mutación demanial (...). Pero claro está, también puede que la adscripción se utilice para vincular un bien al cumplimiento de fines del organismo público beneficiario que no tengan*

incorporación al dominio público. Si el bien adscrito era ya demanial, continuará siéndolo; si era patrimonial, pasará a ser demanial.

Sin embargo, como la adscripción supone la vinculación de un bien a la prestación de un servicio o al cumplimiento de fines propios del organismo público beneficiario, puede ocurrir que el nuevo destino del bien, producto de la adscripción, sea servir de base para la prestación de un servicio público, en cuyo caso su incorporación al dominio público estaría suficientemente justificada. En este caso, sin embargo, la aplicación de la regla del art. 73.1 de la LPAP puede originar dificultades para diferenciar la adscripción de la técnica de mutación demanial.

Pero también puede ocurrir que la adscripción se utilice para vincular un bien al cumplimiento de fines del organismo público beneficiario que no tenga relación alguna con el llamado uso general de los bienes ni con la prestación de los servicios públicos. En aquellos casos en que el bien tuviese, ya antes de la adscripción, carácter demanial, el hecho de mantenerlo dentro del dominio público puede explicarse por la voluntad de mantener su *status quo*, garantizando una situación de hecho –la demanialidad-.

Cuando, por el contrario, el bien adscrito tuviese originariamente carácter patrimonial, su integración en el dominio público por el mero efecto de la adscripción resulta mucho más forzada. La justificación puede buscarse, de nuevo, en una voluntad protectora de los intereses patrimoniales del Estado bajo la que subyace, quizás, un cierto recelo hacia los organismos públicos beneficiarios de la adscripción: en definitiva, no sólo se trata de que la Administración General del Estado conserve la titularidad del bien adscrito, sino que éste se protege con los mecanismos reforzados propios de la condición demanial. De esta forma, las Entidades Públicas Empresariales pueden necesitar utilizar bienes patrimoniales para el cumplimiento de sus fines y la Administración de la que dependen puede decidir no transferirles la propiedad o un derecho real limitado sobre los mismos, pero permitirles su aprovechamiento. La afectación no conllevará siempre la calificación del bien como de dominio público en la medida en que las actividades económicas no determinan la configuración como dominio público<sup>315</sup>.

---

*relación alguna con el llamado uso general de los bienes ni con prestación de servicios públicos (dos criterios de afectación de bienes de dominio público que utiliza el art. 65 de la LPAP)».*

<sup>315</sup> COLOM PIAZUELO, E., «El aprovechamiento y explotación de los bienes y derechos patrimoniales», CHINCHILLA MARÍN, C. (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio...*, op. cit., p. 584.

Por último, debe señalarse que el art. 76 de la LPAP atribuye a los organismos públicos el ejercicio de las competencias demaniales respecto de los bienes que tengan adscritos, así como «*la vigilancia, protección jurídica, defensa, administración, conservación, mantenimiento y demás actuaciones que requiera el correcto uso y utilización de los mismos*»<sup>316</sup>.

**D) Modalidades de adscripción en función de la titularidad de los bienes adscritos**

Al contemplar la LPAP la posibilidad de que los bienes o derechos adscritos sean de titularidad de la Administración General del Estado o de un organismo público diferente del beneficiario de la adscripción, se plantea la duda de si también en estos casos la adscripción lleva consigo la afectación del bien o derecho y su consiguiente integración en el dominio público.

La interpretación literal del art. 73 de la LPAP excluye esta posibilidad, dado que la previsión de que la adscripción lleva implícita la afectación se contiene en el apartado primero del citado artículo, pero no en su apartado segundo, que es en el que se establece que «*igualmente, los bienes y derechos propios de un organismo público podrán ser adscritos al cumplimiento de fines propios de otro*».

---

<sup>316</sup> El art. 74 de la LPAP regula el procedimiento que debe seguirse para la adscripción de bienes a los organismos públicos. Dicho precepto atribuye la competencia para acordar la adscripción al Ministro de Hacienda, correspondiendo la instrucción a la Dirección General del Patrimonio del Estado, que lo incoará de oficio, a propuesta del organismo u organismos públicos interesados, y la cursará a través del Departamento del que dependa. Al igual que ocurría con el art. 81 de la LPE, el art. 75 de la LPAP hace referencia a los fines que motivaron la adscripción, así como a la forma y a las condiciones que «*en su caso, se hubiesen establecido en el correspondiente acuerdo*». El acto por el que el Ministro de Hacienda acuerde adscribir un bien a un organismo público deberá estar, por tanto, suficientemente motivado. En atención al carácter esencialmente finalista de la adscripción, hace ineludible que en él se mencionen cuáles son los fines que la motivan. El apartado segundo del citado art. 74 introduce la exigencia, para la efectividad de la adscripción, «*de la firma del correspondiente acta, otorgada por representantes de la Dirección General del Patrimonio del Estado y del organismo u organismos respectivos*». Esto suscita la duda del momento a partir del cual se produce el cambio de calificación de bienes patrimoniales a demaniales, cambio que en todo caso determina la adscripción, a tenor del art. 73 de la LPAP. Para CLIMENT BARBERÁ, J., «Afectación, desafectación y mutación de destino de los bienes y derechos (artículos 65 a 72)», MESTRE DELGADO, J.F. (coord.), *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre...*, op. cit., pp. 776 y 777, resulta razonable considerar que la demora en los efectos del acto de adscripción lo es sólo en cuanto a la disponibilidad efectiva de los bienes por los sujetos a cuyos fines se adscriben, pero no en cuanto a la calificación demanial y la integración de los bienes al dominio público, de tal modo que por el acto de adscripción se dan los elementos definatorios de la demanialidad de los bienes. También en este sentido, MONTOYA MARTÍN, E., «Régimen común del patrimonio de los organismos públicos», HORGUÉ BAENA, C. (dir.), *Régimen patrimonial de las Administraciones Públicas...*, op. cit., p. 143, considera que la demora en los efectos de la adscripción no alcanza a la calificación demanial de los bienes.

Esta idea es respetuosa con la tesis mantenida, por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, que niega la posibilidad de que los organismos públicos sean titulares de bienes demaniales.

## 7.2. DESADSCRIPCIÓN

La LPAP regula la desadscripción de bienes y derechos, que se produce, principalmente, por incumplimiento del fin establecido (art. 77 de la LPAP) o por innecesariedad de los bienes (art. 78 de la LPAP). Habida cuenta el carácter esencialmente finalista de la adscripción, la Ley permite poner fin a la misma cuando se produzca un incumplimiento de los fines que la motivaron.

Como figura de signo contrario a la adscripción, la desadscripción tiene como efectos principales el cese de la vinculación del bien o derecho a la finalidad para él fijada en el acuerdo de adscripción, así como la pérdida, por parte del organismo público en cuestión, de las competencias que le correspondían en relación con los bienes adscritos.

Asimismo, y por previsión expresa del art. 79 de la LPAP, la desadscripción lleva implícita la desafectación del bien. En principio, por tanto, se pierde la condición de demanial, aunque puede ser recuperada previa correspondiente afectación, si la Administración General del Estado lo destina a un uso general o a la prestación de un servicio público.

Concretamente, las circunstancias que pueden dar lugar a la desadscripción por incumplimiento del fin son las enumeradas en los apartados primero y segundo del art. 77 de la LPAP. La desadscripción tiene lugar<sup>317</sup>:

---

<sup>317</sup> Cuando se dé cualquiera de estas circunstancias, el Director General del Patrimonio del Estado podrá optar entre cursar un requerimiento previo al organismo al que se adscribieron los bienes o derechos para que se ajuste en su uso a lo señalado en el acuerdo de adscripción, bien proponer directamente al Ministro de Hacienda la desadscripción de los mismos. La LPAP establece que el organismo público que tuviera adscritos dichos bienes o derechos y que comprobase la innecesariedad de los mismos para el cumplimiento de su adscripción está obligado a comunicar dicha circunstancia a la Dirección General del Patrimonio del Estado. Recibida esa comunicación, o por propia iniciativa, la citada Dirección General incoará y tramitará el procedimiento correspondiente, elevando al Ministro de Hacienda la propuesta que sea procedente.

Con arreglo art. 79 de la LPAP, la desadscripción requiere para su efectividad de la recepción formal del bien o derecho, recepción que debe documentarse en la correspondiente acta de entrega, suscrito por

- a) Cuando los bienes o derechos adscritos no fuesen destinados al fin previsto dentro del plazo que, en su caso, se hubiese fijado dejaran de serlo posteriormente<sup>318</sup>.
- b) Cuando se incumpliesen cualesquiera de las condiciones establecidas para su utilización.
- c) Cuando el organismo que tenga adscritos los bienes no ejercite las competencias que le corresponden en relación con los mismos, de acuerdo con el art. 76 de la LPAP (competencias demaniales, vigilancia, protección jurídica, defensa, administración, conservación, mantenimiento y demás actuaciones que requiera el correcto uso y utilización de los bienes adscritos).

El art. 78 de la LPAP incorpora, como causa que puede motivar la desadscripción de bienes o derechos adscritos a organismos públicos, el hecho de que éstos dejen de ser necesarios para el cumplimiento de los fines que motivaron su adscripción. En estos casos, se procederá a la desadscripción de los citados bienes o derechos previa regularización, en su caso, de su situación física y jurídica por el organismo correspondiente.

---

representantes de la Dirección General del Patrimonio del Estado y del organismo y organismos, o en acta de toma de posesión levantada por la Dirección General del Patrimonio del Estado.

<sup>318</sup> En el caso de que se proceda a la desadscripción de los bienes por incumplimiento del fin, el titular del bien o derecho podrá exigir el valor de los detrimentos o deterioros experimentados por ellos, actualizados al momento en que se produzca la desadscripción, o el coste de su rehabilitación, previa tasación.

## **CAPÍTULO IV. LA VALORIZACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO**



## I. LA REGULACIÓN JURÍDICA FRANCESA

### 1.1. INTRODUCCIÓN

En otros países de nuestro entorno jurídico<sup>319</sup> y especialmente en Francia<sup>320</sup>, se ha mirado al dominio público con recelo, al considerárselo un obstáculo -por su rigidez- para responder a la demanda de las grandes infraestructuras públicas por parte de la sociedad. Los postulados tradicionales del Derecho administrativo de bienes se han matizado, puesto que ahora la necesaria consideración del interés general es ponderada con las exigencias de explotación y el carácter absoluto de la afectación, leído a la luz de los imperativos económicos.

Se ha producido y reconocido la existencia de una crisis del dominio público, paralela al desarrollo sobre el mismo de una serie de actividades, que lo han obligado a asimilar una dimensión económica<sup>321</sup>. Ciertamente, el mercado se ha infiltrado en el ámbito demanial, ocasionando dos consecuencias fundamentales; por un lado, la

---

<sup>319</sup> Véase BARCELONA LLOP, J., «Novedades en el régimen jurídico...», *op. cit.*, pp. 549 y ss. Y más reciente, MOREU CARBONELL, E., «Desmitificación, privatización y globalización...», *op. cit.*

<sup>320</sup> El autor que más incisivamente ha estudiado esta posibilidad es Yves GAUDEMET. De sus trabajos pueden verse: *La superposition des propriétés privées et du domaine public*, *Rec. Dalloz Sirey*, 1978, pp. 293 y ss.; *Les constructions en volume sur le domaine public*, *Cah. jur.élect. ed du gaz*, 1991, pp. 297 y ss.; y *Division en volumes*, *Juris-Classeur, Droit Administratif*, fasc. 40, 2000. En esta misma línea, véase YOLKA, P., *La propriété publique...*, *op. cit.*, pp. 392 y ss.

<sup>321</sup> Afirma MAMONTOFF, C., *Domaine public et entreprises privées*, Hamarttan, Paris, 2003, p. 49, que: «Ainsi, la conception de la domanialité publique qui a prévalu sans partage jusqu'ici, au moins dans la lettre du droit et dans les présentations de la doctrine, est de soustraire à la logique et aux exigences de la loi commune du laisser «hors du commerce»; c'est conception qui est supposée animer le régime applicable à un nombre de biens publics devenu absolument considérable aujourd'hui, aussi bien du point de vue quantitatif que qualitatif. C'est cette approche de la domanialité publique qui s'est reproduite par inertie; pourtant elle est erronée. En effet, on constate une double évolution. Espace théoriquement affecté, en fait il est le lieu de développement d'activités privées industrielles et commerciales. L'observation de la réalité des rapports qui se développent aujourd'hui sur le domaine public révèle que le domaine public est un espace marchand. Mais, les propriétés domaniales ne sont pas toutes attractives pour l'opérateur privé et le domaine public suscite une demande plus ou moins importante de la plus part des entreprises privées, en fonction précisément la rentabilité de celui-ci. (...) Insensiblement, le domaine public est devenu un espace dominé par le marché».



exigencia de una mayor rentabilidad y productividad y, por otro, la necesidad de no descuidar, como efecto de estos nuevos requerimientos, la protección de la afectación al servicio público o al uso público, que es, en definitiva, el fundamento teórico del régimen demanial, (la exorbitancia de este régimen no está legitimada más que por la afectación).

La importancia e interés de analizar este referente se fundamenta en la semejanza todavía existente entre los motivos estructurales del Derecho administrativo francés y el español. Como es sabido, el concepto de dominio público es obra de la doctrina francesa<sup>322</sup>, que ha prestado una notable atención al régimen jurídico de los bienes públicos en general y del dominio público en particular. La legislación y la doctrina científica española se hicieron eco rápidamente no sólo de la regulación inicial del dominio público francés, sino también de las reformas operadas en el mismo y de las soluciones flexibilizadoras o nuevas orientaciones que reivindican los principios de la demanialidad.

En efecto, la aceptación y la consolidación de las categorías dominio público-dominio privado se alcanza en España antes en los textos doctrinales que en los textos legales mediante la difusión de la obra de los juristas franceses y, en particular, de la de PROUDHON<sup>323</sup>. En la actualidad los problemas de adaptación de la legislación española se sitúan bastante próximos a los franceses.

---

<sup>322</sup> PROUDHON es el primer gran sistematizador de la doctrina al proponer, en 1833, en su *Traité du domaine public (ou De la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public)...*, *op. cit.*, la clasificación de los bienes de la Nación en dos conjuntos: el dominio público, que debido a su utilidad para el público debían ser protegidos por las reglas de la inalienabilidad y de la imprescriptibilidad y los demás, que en razón de su menor utilidad no tenían necesidad de la misma protección. El dominio público se caracteriza por ser «*un ensemble de choses qui sont publiques come asservies par les dispositions de la loi civile au usage de tous*». Engloba los bienes afectados a la utilidad pública, comprendidos los afectados a los servicios públicos y a las prisiones. Por el hecho de su consagración a la utilidad pública son inalienables e imprescriptibles, mientras que dure su destino al interés general. A este dominio público se oponen los bienes «*qui appartiennent propriétairement à la communauté qui jouait comme les particuliers jouissent de leurs biens*». Se trata del dominio privado, «*domaine du profit*», compuesto por bienes productivos. El éxito de su construcción fue extraordinario. Su teoría se extendió por toda Europa y sirvió para sistematizar el régimen de los bienes públicos en el período constitucional.

<sup>323</sup> SERNA VALLEJO, M., «Los bienes públicos: formación de su régimen jurídico», en *Derecho de los bienes...*, *op. cit.*, pp. 51 y ss., explica que la influencia de la doctrina francesa se aprecia, por primera vez, en la obra de Colmeiro cuya primera edición data de 1850. Manuel Colmeiro es el primer autor español en el que se percibe el influjo de la doctrina de Proudhon, al distinguir entre el dominio público y el dominio del Estado. Considera que el dominio público comprende “las cosas que corresponden en plena propiedad a la Nación y en cuanto al uso a todo el mundo”, que se encuentran fuera del comercio y que son inalienables e imprescriptibles. Y dentro del concepto de dominio del Estado incluye los bienes “que pertenecen en plena propiedad a la Nación, y forman una especie de patrimonio común a todos los

Algo similar sucede con el ordenamiento jurídico italiano, pues en Italia existe también, como en España y Francia, la *summa divisio* entre bienes públicos y privados, y una configuración del dominio público que responde a las mismas características principales. Por ello, puede explicarse el estudio de estos países y no de otros distintos.

## 2. EL DOMINIO PÚBLICO FRANCÉS

### 2.1. LA NOCIÓN DE DOMINIO PÚBLICO

La definición del dominio público es una cuestión esencial, una noción clave del Derecho administrativo<sup>324</sup>. Por ello, es importante indicar qué se entiende por tal en el ordenamiento jurídico francés para comprender luego su evolución.

El Derecho del Antiguo Régimen ignoraba cualquier distinción efectuada en el seno de los bienes de la Corona, entendidos como propiedad del Rey, independientemente de que hubieran sido adquiridos o no a título personal, aunque sí se los considerara inalienables<sup>325</sup>.

Sin embargo, grandes juristas comenzaron tempranamente a proponer una separación de “las cosas públicas”, dentro de estos bienes.

Explica DOMAT<sup>326</sup> que «*Dans les immeubles du souverain, il ne faut pas confondre (...) les places publiques, les grands chemins et les autres choses de cette nature qui sont hors du commerce des particuliers et destinées à l'usage du public: car ces sortes d'immeubles ne produisent aucun revenu, ne comptent pas au nombre des biens, et les droits qu'y ont le public et le souverain sont d'une autre nature que les*

---

ciudadanos”. Son bienes que se administran exclusivamente por el Estado, quien “los adquiere y conserva, los aprovecha y enajena, según las necesidades del servicio o los intereses de la sociedad”. Colmeiro, acogiendo de nuevo la tesis de Proudhon, considera que los públicos corresponden a la Nación por el derecho de soberanía, mientras que el patrimonio del Estado se fundamenta en el derecho de propiedad.

<sup>324</sup> LACHAUME, J.F.; BOITEAU, C. y PAULIAT, H., *Droit des services publics*, Dalloz Sirey, Paris, 2004, p. 99.

<sup>325</sup> Esto no quiere decir que, como explica DE GUERRERO MANSO, M.C., «El derecho de las propiedades públicas en Francia y su relación con el medio ambiente y el urbanismo», LÓPEZ RAMÓN, F. y ESCARTÍN ESCUDÉ, V. (coords.), *Bienes públicos, urbanismo y medio ambiente...*, op. cit., p. 130, que no existiera ninguna clasificación. En efecto, ya en esta época se diferenciaba entre los bienes del rey y los bienes de la Corona. «*La necesidad de diferenciar estos dos tipos de bienes fue sostenida por numerosos autores y condujo a formular la noción de la indisponibilidad de los bienes, cuya máxima expresión es la conversión del derecho de propiedad sobre los bienes de la Corona en un mero derecho de guarda*».

<sup>326</sup> DOMAT, J., *Lois civiles, Livre préliminaire, Titre III, Section I, dans Ouvres complètes*, Gobelet, Paris, 1835, p. 123.

*droits que donne la propriété*». Se manifiesta de esta manera que ya entonces se propugnaba una clasificación de los bienes del soberano, puesto que no todos eran exactamente iguales. No se podían confundir, con el resto, los bienes públicos destinados al uso público, que estaban fuera del comercio de los particulares y no producían ningún ingreso.

Igualmente, defiende LEFÈVRE DE LA PLANCHE<sup>327</sup> que, a pesar de que no existiera formalmente una distinción entre dominio público y dominio privado, sí era posible diferenciar, en el conjunto de los bienes del poder público, aquéllos que poseía como los demás ciudadanos y destinados al uso privado, de aquéllos que poseía como poder público y para el uso de la sociedad. En concreto, argumenta LEFÈVRE DE LA PLANCHE: *«Nos maximes françaises ne nous permettent pas de distinguer le domaine de la puissance publique d'avec le domaine du Prince; ce qu'on appelle domaine public, domaine privé. Mais dans le domaine public, puisqu'il n'y a que celui-ci, il sera permis de distinguer ceux que la puissance publique possède comme les autres citoyens, comme destinés à ses usages privés, c'est-à-dire les dépendances publiques, en un mot, ce qui lui est assigné comme son patrimoine, d'avec ce qu'elle possède comme puissance publique et pour les usages de la société dont les droits sont déposés entre ses mains. Tout domaine sera public, mais dans la propriété du domaine, on distinguera la propriété et la possession publiques d'avec la propriété et la possession privés»*.

A partir de la Ley de 16 de junio de 1851, sobre la propiedad en Argelia, y de la jurisprudencia de esa misma época, es cuando se consagra la división de los bienes de la Administración en dos categorías: por un lado, los bienes de dominio público, sometidos a un régimen exorbitante del Derecho común, y, por otro, los de dominio privado, regidos por el Derecho común<sup>328</sup>; lo cual no quiere decir que la dicotomía introducida haya estado exenta de críticas<sup>329</sup>. A este respecto, debe señalarse que

---

<sup>327</sup> *Note de l'éditeur anonyme des mémoires sur les matières domaniales ou Traité du domaine de LEFÈVRE DE LA PLANCHE*, Desaint, Saillant et Vincent, Paris, 1764-1765, p. 16.

<sup>328</sup> GAUDEMET, Y. y DERUY, L., «Les travaux de législation privée. Le rapport de l'Institut de la Gestion Déléguée», *Petites affiches, La Loi, Le Quotidien Juridique*, núm. 147, 2004, p. 10, señalan que el dualismo dominio público/privado es reductor de la realidad. Habría que hablar en realidad de regímenes de la demanialidad pública y de regímenes de la demanialidad privada, cada uno justificado y construido en función de las exigencias de la afectación de utilidad pública del bien al cual se aplica. Estos regímenes pueden sucederse en el tiempo en un mismo bien.

<sup>329</sup> DUGUIT, L., *Traité de Droit Constitutionnel...*, *op. cit.*, p. 348; JANSSE, L., *Les traits principaux du régime des biens du domaine public*, Paris, 1938, pp. 317-318, y AUBY, J.M., «Contribution à l'étude du domaine privé de l'Administration», *Etudes et Documents du Conseil d'État*, 1958, p. 35.

durante el siglo XIX varios autores<sup>330</sup> defendieron la conveniencia de realizar una clasificación, al mismo tiempo que pretendieron limitar la extensión del dominio público a aquellos bienes para los cuales se imponía un régimen especial de protección<sup>331</sup>. No obstante, a principios del siglo XX tuvo lugar una corriente que defendía la amplitud de la demanialidad que debía abarcar a todos los bienes que sirvieran para los fines de la acción administrativa. Este punto de vista prevaleció, a pesar del riesgo de generalizar un régimen a toda la propiedad pública que no se justificaba.

Se observa así que existían numerosas referencias al dominio público, tanto doctrinales como jurisprudenciales, pero permaneciendo durante mucho tiempo el problema principal de la determinación del criterio de la demanialidad pública sin una respuesta elaborada.

La definición legislativa del dominio público no aparece hasta 1957 en el art. L. 2 del *Code du domaine de l'État*, que, acogiendo la definición del Código de Dominio de 1790, disponía: «*Ceux des biens visés à l'article précédent [à savoir les biens et droits mobiliers et immobiliers qui appartient à l'État] qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée en raison de leur nature ou de la destination qui leur est donnée sont considérés comme des dépendances du domaine public national. Les autres biens constituent le domaine privé*».

En la actualidad, se encuentra reflejada en el art. L. 2111-1 del Code Général de la Propriété des Personnes Publiques, aprobado por la ordonnance num. 2006-460, de

---

<sup>330</sup> Debe destacarse, entre otros, a FOUCART, E., *Éléments de Droit public et administratif*, Paris-Poitiers, 1834, p. 250, quien defiende: «*Nous nous proposerons de consacrer les mots domaine public à exprimer les choses qui servent à l'usage commun, comme les chemins, routes, rues, places, bâtiments publics, choses qui par suite de la destination qu'on leur a donnée ne sont susceptibles ni de propriété privée ni de prescription, et de qualifier le domaine de l'État les choses que l'État possède à peu près de la même manière que les particuliers, dont les produits entrent dans le Trésor royal, mais qui ne sont pas point hors du commerce et peuvent en conséquence être aliénées et prescrites*». Asimismo, PROUDHON, J.B. V., *Traité du domaine public...*, op. cit., p. 240, quien argumenta: «*C'est par la destination de ces diverses espèces de fonds que leur domaine est qualifié de domaine public, soit parce qu'ils sont asservis à l'usage du public, soit parce que c'est à la puissance publique à protéger la jouissance que la société a le droit d'exercer sur eux. Le domaine public, matériellement considéré, s'entend donc des choses qui appartiennent à l'être moral et collectif que nous appelons le public, comme le domaine privé s'entend des choses qui appartiennent aux différents particuliers(...)*».

<sup>331</sup> DUCROCQ, T., *Cours de Droit Administratif*, Thorin, Paris, 1897-2005, p. 461, afirma que para formar parte del dominio público, debían cumplirse tres condiciones: no ser susceptible de propiedad privada por su naturaleza; estar afectado al uso público y no solamente al servicio público, como la mayor parte de los edificios públicos; y ser una porción del territorio francés, expresión solemne aplicable perfectamente a las partes del suelo no urbanizables.

21 de abril de 2006, (en adelante CGPPP)<sup>332</sup> para el dominio público inmobiliario y en el art. L. 2112-1 del CGPPP<sup>333</sup>, para el dominio público mobiliario. Esta nueva definición, otorgada bajo las premisas de la valorización de los bienes públicos y de la armonización de las normas preexistentes, se articula sobre dos ejes fundamentales: la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación (la nueva norma se aplica a todas las “personas públicas”) y la restricción del ámbito objetivo.

## 2.2. LOS PRINCIPIOS DE LA DEMANIALIDAD PÚBLICA

### 2.2.1. La inalienabilidad

#### A) *Concepto, causa y consecuencias*

Si el dominio público está caracterizado y constituido por la afectación, su régimen jurídico se construye enteramente a partir de la regla de la inalienabilidad y de su corolario, la imprescriptibilidad de los bienes demaniales<sup>334</sup>.

El principio de inalienabilidad como lo entendemos en la actualidad se consolidó en el siglo XIX, contemporáneamente a la distinción entre dominio público y dominio privado, a la cual se encuentra ligado. Elaborada por la doctrina y acogida por la

---

<sup>332</sup> El art. L. 2111-1 del CGPPP establece: «*Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L.1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution de ce service public*».

<sup>333</sup> Dispone este artículo: «*Sans préjudice des dispositions applicables en matière de protection des biens culturels, font partie du domaine public mobilier de la personne publique propriétaire les biens présentant un intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique, notamment: 1° Un exemplaire identifié de chacun des documents dont le dépôt est prescrit aux fins de constitution d'une mémoire nationale par l'article L. 131-2 du code du patrimoine; 2° Les archives publiques au sens de l'article L. 211-4 du code du patrimoine; 3° Les archives issues de fonds privés entrées dans les collections publiques par acquisition à titre onéreux, don, dation ou legs; 4° Les découvertes de caractère mobilier devenues ou demeurées propriété publique en application du chapitre 3 du titre II et du chapitre 1er du titre III du livre V du code du patrimoine; 5° Les biens culturels maritimes de nature mobilière au sens du chapitre 2 du titre III du livre V du code du patrimoine; 6° Les objets mobiliers classés ou inscrits au titre du chapitre 2 du titre II du livre VI du code du patrimoine ou situés dans un immeuble classé ou inscrit et concourant à la présentation au public de parties classées ou inscrites dudit immeuble; 7° Les objets mobiliers autres que ceux mentionnés au 6° ci-dessus, présentant un intérêt historique ou artistique, devenus ou demeurés propriété publique en application de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'État; 8° Les collections des musées; 9° Les œuvres et objets d'art contemporain acquis par le Centre national des arts plastiques ainsi que les collections d'œuvres et objets d'art inscrites sur les inventaires du Fonds national d'art contemporain dont le centre reçoit la garde; 10° Les collections de documents anciens, rares ou précieux des bibliothèques; 11° Les collections publiques relevant du Mobilier national et de la Manufacture nationale de Sèvres*».

<sup>334</sup> GAUDEMET, Y., *Droit Administratif des biens*, LGDJ, Paris, 2008, p. 158.

jurisprudencia, fue inicialmente una regla jurisprudencial, que posteriormente recogió el *Code du domaine de l'État*, en su art. L. 52, al indicar: «*Les biens sont inaliénables et imprescriptibles*»<sup>335</sup>.

Hoy se halla regulado en el art. L. 3113-1 del CGPPP, cuando establece: «*Les biens des personnes publiques qui relèvent du domaine public sont inaliénables et imprescriptibles*».

Su fundamento se encuentra en la afectación del dominio público y las exigencias de ésta, aunque para muchos autores es también un principio protector de la pertenencia pública del bien<sup>336</sup>, pero ya no constituye, como en sus inicios, una cautela contra los posibles derroches patrimoniales<sup>337</sup>.

Verdaderamente, se considera que la afectación a una utilidad pública determinada no puede ser suficientemente garantizada sin la inalienabilidad. Por ello, a pesar de que en principio, su aplicación implicara derogaciones puntuales para un objeto determinado, por ejemplo, para los bienes de France Télécom, poco a poco estas peculiaridades han ido apareciendo cada vez más presentes y generalizadas.

En cuanto a sus efectos, esta regla prohíbe cualquier forma de enajenación del dominio público (no solamente las ventas voluntarias, sino también los intercambios y cualquier clase de venta forzosa)<sup>338</sup>, esto es, es concebida para impedir la apropiación privativa mientras que la afectación sea mantenida. Sin embargo, el CGPPP prevé algunas derogaciones, entre las que pueden señalarse la constitución de derechos reales y las enajenaciones voluntarias sin *déclassement*.

---

<sup>335</sup> GAUDEMET, Y., *Droit Administratif des biens...*, op. cit., p. 163, explica que los autores han resaltado una gran ruptura entre el principio de inalienabilidad del Antiguo Régimen y la regla moderna del art. L. 3113 del CGPPP, ya que esta última protege ante todo la afectación del bien, a la cual está unida.

<sup>336</sup> GAUDEMAR, H., «L'inaliénabilité du domaine public, une nouvelle lecture», *Dossier Le patrimoine des personnes publiques*, LamyLine, *Droit et Patrimoine*, núm. 179, 2009.

<sup>337</sup> GAUDEMET, Y., *Les constructions en volume sur le domaine public*, Cah. Jur. Elec. Gaz, 1991, p. 297, indica que prueba de ello es que no se aplica esta regla a los bienes que integran el dominio privado de la Administración, que son una fuente de ingresos administrativos. «*Les dépendances du domaine privé échappent à l'inaliénabilité. Exceptionnellement, certains dépendances du domaine privé sont frappées d'inaliénabilité par la loi, mais il s'agit alors d'un régime analogue à ceux que l'on rencontre parfois en droit privé, sans rapport avec l'inaliénabilité du domaine public lui-même (...). L'inaliénabilité est limitée à la période pendant laquelle un bien fait partie du domaine public c'est-à-dire à la durée de l'affectation*».

<sup>338</sup> Sin embargo, el CGPPP (arts. L. 3112-1, L. 3112-2 y L. 3112-3) permite transferencias en propiedad e intercambios de bienes demaniales entre personas públicas e incluso a favor de personas privadas, a condición de que dicha operación garantice y mejore el ejercicio de una misión de servicio público.

### **B) La inalienabilidad y la constitución de derechos reales**

La doctrina mayoritaria ha defendido tradicionalmente que la inalienabilidad del dominio público conllevaba la prohibición de constituir derechos reales sobre el mismo<sup>339</sup>; esto es, la interdicción de constituir esta clase de derechos se hacía presente como consecuencia lógica y necesaria del principio de inalienabilidad<sup>340</sup>, que sólo la ley podía derogar. La imposibilidad se explicaba por un silogismo simple: los derechos reales constituyen un desmembramiento de la propiedad; la constitución de derechos reales equivale a una alienación parcial y, al ser el dominio público inalienable, no admite desmembramientos de ninguna clase<sup>341</sup>. También en este sentido, la jurisprudencia administrativa defendía el principio de exclusión de derechos reales sobre el dominio público, alegando la necesidad de asegurar el interés general, consustancial a la demanialidad pública.

Esta postura clásica trae a colación el *arrêt Eurolat* de 1985<sup>342</sup>, que introdujo, sin embargo, algunos matices al respecto. En ella, el Consejo de Estado afirmó la incompatibilidad con los principios demaniales de las cláusulas que conllevaran la atribución, mediante un censo enfiteútico, de un derecho real sobre el dominio público, aunque en ningún momento alegó que esto fuera absolutamente inconcebible.

Esta incipiente posibilidad junto a las necesidades económicas y técnicas cada vez más imperiosas, hicieron necesario reabrir el debate sobre las limitaciones introducidas al principio de inalienabilidad y originaron la situación actual regulada por el CGPPP, pues los importantes intereses en juego afectan y han afectado la posible

---

<sup>339</sup> DUFAU, J., *Le domaine public*, Le Moniteur, Paris, 2001, p. 216, y CHAPUS, R., *Droit Administratif Général*, t.2, Montchrestein, Paris, 2001, p. 508. También en este sentido, CAVIGLIOLI, B., *Droits réels et domaine public. Contribution à une théorie de la demanialité*, Éditions Universitaires européennes, Berlin, 2011, p. 6, señala que existen varias causas en el origen de esta revisión: la penetración y el cuestionamiento del Derecho público por el Derecho privado y por las políticas públicas cada vez más dirigidas a la economía; la obsolescencia de los principios de la demanialidad pública que no han sabido adaptarse a las modificaciones introducidas; la evolución de las técnicas jurídicas, etc.

<sup>340</sup> GAUDEMET, Y., «Les droits réels sur le domaine public»..., *op. cit.*, p. 1095, «*L'interdiction des droits réels est alors présentée comme une conséquence logique et nécessaire de l'inaliénabilité du domaine public que la loi seule peut écarter*».

<sup>341</sup> Explica CAVIGLIOLI, B., *Droits réels et domaine public*..., *op. cit.*, pp. 57-58, que por este motivo, HARIOU formuló en 1908 la teoría de los derechos reales administrativos, menos resistentes a desaparecer que los derechos reales civiles.

<sup>342</sup> CE 6 mai 1985, Assoc. Eurolat et Crédit Financier de France, *Revue Française de Droit Administratif*, 1986, p. 21.

financiación que efectúen los inversores y la buena organización de los servicios públicos<sup>343</sup>.

Permitir derechos reales sobre el dominio público<sup>344</sup> ha sido el instrumento privilegiado para atraer a los ocupantes privativos que reclaman más garantías de estabilidad, y mejores posibilidades de financiación<sup>345</sup>. En efecto, la constitución de derechos reales ha adquirido una importancia esencial, para el objetivo de valorización de la propiedad pública, y es ésta la razón por la cual el legislador, derogando el principio de inalienabilidad, se ocupó de desarrollar el fenómeno, básicamente en tres ámbitos. En primer lugar, en el marco del censo enfiteútico<sup>346</sup>, propio de las *Collectivités locales*<sup>347</sup>; seguidamente, mediante las autorizaciones de ocupación temporal (*autorisations d'occupation temporaire*)<sup>348</sup> y, en último, lugar a través de los

---

<sup>343</sup> GAUDEMET, Y., «L'occupant privatif à l'épreuve de la Loi», *Mélanges* en honor del Prof. Guy Braibant, Dalloz, Paris, 1996, p. 309, explica que existen distintas consideraciones que resaltan el valor positivo del estado de Derecho que expresa la posibilidad de constituir derechos reales sobre el dominio público cuando sean compatibles con la afectación: a) Algunos autores sostuvieron que la prohibición era artificial, inadaptada a las situaciones actuales y mal fundado; b) La jurisprudencia ha parecido siempre admitir una posición matizada, favorable a la constitución de servidumbres sobre el dominio público, cuando éstas no pongan en peligro la afectación; c) No se puede dejar de resaltar la posición del Consejo Constitucional que, a propósito de la Ley de 25 de julio de 1994, permitiendo la constitución de derechos reales sobre el dominio público, ha afirmado que la inalienabilidad no era siempre incompatible con este fenómeno.

<sup>344</sup> Deba matizarse que la creación de un derecho real sólo es posible sobre el dominio público artificial, pero no sobre el natural que precisa mayores mecanismos de protección. Para una crítica de esta exclusión, véase LAVIALLE, C., «La constitution de droits réels sur le domaine public de l'État», *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 2.12, 1998, pp. 42-43.

<sup>345</sup> LEBRETON, J.P., «Les droits réels gravant le domaine public», *Documents d'études*, núm. 2.12, 1998, p. 37, indica que las inversiones privadas que valorizan el dominio público están subordinadas a una financiación que no se ajusta a la precariedad de las autorizaciones de ocupación temporal.

<sup>346</sup> Art. L. 1311-2 «Un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet, en faveur d'une personne privé, d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du code rural, en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence. Un tel bail peut être conclu même si le bien sur lequel il porte, en raison notamment de l'affectation du bien résultant soit du bail ou d'une convention non détachable de ce bail, soit des conditions de la gestion du bien ou du contrôle par la personne publique de cette gestion constitue une dépendance du domaine public, sous réserve que cette dépendance du domaine public, sous réserve que cette dépendance demeure hors du champ d'application de la contravention de voirie». El derecho conferido al titular del censo, al igual que las obras de las que es propietario, son susceptibles de hipoteca únicamente para la garantía de préstamos contratados para financiar la realización o mejora de obras situadas sobre el bien.

<sup>347</sup> TERNEYRE, P. y NOYER, B., «Le bail emphytéotique administratif comme technique contractuelle moderne de valorisation des collectivités locales», *Les Petites Affiches*, 10 juillet, 1996, núm. 35, p. 19.

<sup>348</sup> La Ley núm. 94-631, de 25 de julio de 1994, completando el *Code du Domaine de l'État* permitió la posibilidad, al Estado y La Ley núm. 88-13, de 5 de enero de 1988, a las entidades territoriales, de reconocer derechos reales sobre las obras, construcciones e instalaciones, realizadas por el ocupante. Así lo preveía el art. L. 34-1 del *Code du Domaine de l'État*, al indicar que el titular de una autorización de



contratos de colaboración público-privada (*partenariat*), creados por la Ordenanza de 17 de junio de 2004.

No obstante, señala la doctrina<sup>349</sup> que, como lamentablemente sucede en muchas ocasiones, la evolución tuvo lugar de manera fragmentaria y ambigua<sup>350</sup>. Se esperaba que el CGPPP pusiera en orden la cuestión<sup>351</sup>, clarificando la definición de los derechos reales y unificando su régimen jurídico<sup>352</sup>. Sin embargo, se limita a reproducir, sin introducir demasiadas modificaciones, las disposiciones de los arts. L. 34-1 y siguientes del *Code du domaine de l'État* sobre las autorizaciones de ocupación temporal, aunque sí efectúa una notable innovación, al crear un nuevo título constitutivo de derechos

---

ocupación temporal tiene, salvo previsión en contrario de su título, un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones de carácter inmobiliario, que realice en virtud de una actividad autorizada por ese título. «*Le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public de l'État a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre*». El CGPPP lo hace en los mismos términos en el art. L. 2122-6. Estos derechos confieren a su titular, por el tiempo de duración de la autorización, las prerrogativas y obligaciones del propietario, si bien no pudiendo excederse el plazo de 70 años. A este respecto, señalan MAGÜÉ, C. y BACHELIER, G., «*Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques*», *Actualité Juridique en Droit Administratif*, núm. 20, 2006, p. 1082, en primer lugar, que el CGPPP pone fin al debate doctrinal sobre la distinción posible entre los derechos reales sobre el dominio público y los derechos reales sobre las instalaciones realizadas sobre aquél. «*La rédaction retenue fait ressortir clairement que le titulaire a un droit d'occupation -ou encore un droit de superficie- ainsi qu'un droit sur les ouvrages-. Mais lorsque des ouvrages sont ou ont été réalisés, le droit de superficie ne peut plus être valorisé de façon autonome: la dissociation de la cession du droit d'occuper et de la propriété des ouvrages n'aurait aucun sens, il n'y a pas de dissociation possible entre le droit de superficie et les ouvrages. L'occupant n'a donc aucun droit sur le fonds lui-même, il n'a qu'un droit superficiel et c'est ce droit conféré par le titre qui a une valeur économique pendant la durée du titre et qui constitue une garantie à offrir*». En segundo lugar, la presentación resalta que la Ley de 1994 es un régimen particular no exclusivo de otros tipos de ocupaciones del dominio público constitutivas de derechos reales. «*Ainsi, si la loi de 1994 a exclu le domaine public naturel de son champ d'application, exclusion qui est reprise à l'article L. 2122-5, il résulte de la jurisprudence qu'il peut y avoir appropriation privative d'installations édifiées sur ce domaine (par exemple sur le domaine public maritime naturel) si le titre d'occupation le prévoit (et non sauf dans l'hypothèse où le titre l'écarterait expressément)*».

<sup>349</sup> GAUDEMET, Y., *Droit Administratif des biens...*, *op. cit.*, p. 172 et ss.

<sup>350</sup> LLORENS, F. y SOLER-COUTEAUX, P., «*Les occupations privatives du domaine public: un espoir déçu*», *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 4, 2006, p. 937.

<sup>351</sup> LLORENS, F., «*La notion de droits réels conférés à l'occupant: une clarification incertaine*», *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 4, 2006, p. 940.

<sup>352</sup> LLORENS, F. y SOLER-COUTEAUX, P., «*Les occupations privatives du domaine public...*», *op. cit.*, p. 936, «*La notion même de droits réels, l'objet et la nature de ces ne sont que partiellement clarifiés. Quant à leur portée, elle a trouvée améliorée que dans une mesure limitée, ne traduit pas aucun changement de logique*».

reales sobre el dominio público de las *Collectivités territoriales* (Administraciones territoriales) y sus *établissements*<sup>353</sup> (organismos públicos).

El Derecho positivo abandona la prohibición absoluta de los derechos reales sobre el demanio. Y la solución que consagra ahora el CGPPP impide únicamente aquéllos que sean susceptibles de contrariar la afectación.

Las novedades más relevantes introducidas por la norma son las expuestas a continuación.

Para comenzar, acaba con la distinción entre el derecho real sobre el suelo demanial y el derecho real sobre las instalaciones realizadas por el ocupante, derivado de una autorización de ocupación temporal. Se confirma que el ocupante dispone, durante la vigencia de su título de ocupación, de un derecho real sobre las instalaciones edificadas por él sobre el dominio público, sin que haya disociación posible entre el derecho real sobre el dominio público y el derecho real sobre las construcciones. Así se deduce del CPPP cuando, sin hacer expresa referencia a este último, en el art. L. 21222-6, parece querer disipar toda tentativa de desdoblamiento del derecho real. Se observa, en efecto, que el ocupante tiene un derecho de ocupación, así como un derecho sobre las obras, porque si existe un derecho de superficie, no puede ser consentido independientemente de la realización de las obras. Por ello y puesto que los derechos pueden estar ligados inescindiblemente, cuestiona YOLKA<sup>354</sup>: ¿cómo admitir que el ocupante pueda ser propietario de las obras sin disponer de ningún derecho sobre el solar que sirve de base a la construcción? Esta tesis, no obstante, no es mantenida unánimemente por la doctrina y varios autores creen que es un error entender que el art.

---

<sup>353</sup> LLORENS, F. y SOLER-COUTEAUX, P., «Les occupations privatives du domaine public...», *op. cit.*, p. 938, indican que, sin embargo, la falta de coherencia del nuevo CGPPP resulta de las disparidades que mantiene y acentúa entre el régimen del dominio público estatal y de las *Collectivités locales*. Aunque la lógica hubiera sido que en ambos casos se recogieran idénticas previsiones, dos diferencias notables las separan. En lo que concierne al Estado, la autorización de ocupación temporal confiere un derecho real al ocupante, salvo previsión contraria del título. Para las *Collectivités*, al contrario, el otorgamiento de un derecho real no constituye más que una simple posibilidad; se deduce que para implicar la constitución de derechos reales, los títulos de ocupación deben preverlo expresamente. Por ello, a pesar de que sobre el fondo, el poder de ambos son semejantes, en la forma los mecanismos de concesión de derechos reales son diametralmente opuestos porque, en el caso estatal, el silencio del título comporta la atribución de derechos, mientras que en el otro se produce la consecuencia contraria.

<sup>354</sup> YOLKA, P. (dir.), *Code Général de la Propriété des Personnes Publiques commenté*, Litec, Paris, 2010, p. 118 et. ss., «Comment admettre en effet que l'occupant puisse être propriétaire des ouvrages sans disposer d'aucun droit sur le terrain d'assiette? Dans cette hypothèse, les deux droits sont liés et ne font en réalité plus qu'un».

L. 2122-6 del CGPPP establece previsiones que realmente no hace<sup>355</sup>. No se trataría así de un derecho de propiedad sobre el terreno en el que está implantado el ocupante, sino únicamente de la propiedad de las construcciones edificadas por él, excluyéndose claramente el terreno base. En consecuencia, el operador privado tendría simplemente un título de ocupación sobre el dominio público, por definición afectado.

Las controversias no acaban con este planteamiento, sino que la naturaleza jurídica de esta figura es también una cuestión controvertida.

Para algunos autores<sup>356</sup>, el derecho real conferido por el título de ocupación es un derecho real de la naturaleza del derecho de propiedad (*droit réel de la nature du droit de propriété*) o lo que es lo mismo un derecho real de propiedad (*droit réel de propriété*), que está en relación con el derecho de superficie, de Derecho privado, –que constituye la transposición en Derecho administrativo de la noción civilística del mismo–, porque dificulta el juego de la accesión, en beneficio del propietario público, durante la vigencia del título de ocupación. Para este sector de la doctrina, el titular del derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones realizadas sobre el dominio público tiene las prerrogativas y obligaciones del propietario; si bien no es un propietario ordinario, pues la duración de su derecho real está limitada a su título jurídico, estableciéndose la ocupación demanial en función de la naturaleza de la actividad del ocupante y de la importancia de las inversiones realizadas para financiar la construcción de las obras.

Para otros, en cambio, el término propietario es completamente ilusorio e induce a error, pues la facultad que adquiere no se trata de un derecho real de propiedad. Sostienen, que la propiedad de las construcciones encuentra su fundamento jurídico en un título que es precario, personal y revocable. Esta supuesta propiedad sobre las construcciones no confiere la estabilidad que caracteriza al derecho de propiedad, como demuestra el hecho que durante el tiempo de vigencia del título, nada impide que la Administración lo rescinda o retire cuando estime oportuno. Además, a la finalización

---

<sup>355</sup> LLORENS, F. y SOLER-COUTEAUX, P., «Les occupations privatives du domaine public...», *op. cit.*, p. 941.

<sup>356</sup> Entre ellos, pueden citarse los siguientes: DUFAU, J., *Domaine public. À qui revient la propriété des ouvrages édifiés?*, Mon. TP, 1997, p. 42; FATÔME, E., «À propos de l'incorporation au domaine public», *Actualité Juridique en Droit Administratif*, núm. 6, 2006, p. 292; FATÔME, E. y TERNEYRE, P., «La loi du 25 juillet 1994: observations complémentaires», *Actualité Juridique en Droit Administratif*, 1994, p. 780; GAUDEMET, Y., «Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit public», *Revue de Droit Immobilier*, 2009, p. 8; REZENTHEL, R., «Le droit de propriété de l'occupant du domaine public», *Droit Maritime Français*, núm. 666, 2006, p. 83.

del mismo, el ocupante no tiene derecho a la renovación ni a vender libremente las edificaciones realizadas o a cambiarles de destino. Se observa, en consecuencia, que es un derecho de propiedad muy relativo. Asimismo, recuerdan estos autores que es sabido que la afectación prohíbe la creación de derechos reales civiles sobre el dominio público porque el bien dejaría de formar parte del patrimonio de la Administración propietaria, aunque permaneciera afectado al servicio público o a la utilización colectiva, y entraría en el patrimonio de un sujeto privado para un destino de interés privado. La inalienabilidad impide este fenómeno al tener como cometido el garantizar el fin de interés general que cumple el bien. Por último, argumentan que el derecho real de propiedad goza de ciertas características y confiere prerrogativas inconciliables con la afectación, que no hacen más que reforzar su argumento (por ejemplo, su carácter estable, su oponibilidad *erga omnes*, su duración, etc.)<sup>357</sup>.

Por otro lado, el art. L. 2122-4 de este Código admite que el dominio público pueda ser gravado por servidumbres de Derecho privado, establecidas conforme al art. 639 del *Code civil*, siempre que su existencia sea compatible con la afectación de los bienes sobre los cuales las mismas se constituyen. Con anterioridad al CGPPP, se excluía toda servidumbre sobre el dominio público en base al principio de inalienabilidad. A pesar de que las servidumbres anteriores a la afectación del bien seguían teóricamente a aquél y podían mantenerse con la condición de que fueran compatibles con la nueva afectación, en la práctica se rechazaba casi sistemáticamente la compatibilidad de estos gravámenes con el dominio público<sup>358</sup>. Ahora, en cambio, se permite gravar los bienes demaniales del Estado, de las Administraciones territoriales y sus organismos públicos, respetando la afectación. Se flexibiliza así el Derecho aplicable, suprimiendo la exigencia de la constitución de las servidumbres exclusivamente con anterioridad a la incorporación de los bienes en el dominio público<sup>359</sup>.

Por último, el CGPPP añade al *Code Général des Collectivités Territoriales* (en adelante CGCT), aprobado por la Ley núm. 96-142, de 21 de febrero de 1996, relativo a la parte legislativa del CGCT, los arts. L. 1311-1 a L. 1311-7 que aplican a las Entidades locales el régimen de autorizaciones y de derechos reales, resaltando que

---

<sup>357</sup> MAMONTOFF, C., *Domaine public et entreprises privées...*, *op. cit.*, pp. 59 et ss.

<sup>358</sup> YOLKA, P. (dir.), *Code Général de la Propriété des Personnes Publiques...*, *op. cit.*, p. 115 et ss.

<sup>359</sup> HOURQUEBIE, F., «Les servitudes conventionnelles sur le domaine public», *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 6, 2007, p. 1165.

deben ser desarrolladas para satisfacer una misión de servicio público o de interés general.

### ***C) La inalienabilidad y las transferencias de bienes demaniales***

Aunque la inalienabilidad prohíbe toda forma de enajenación del dominio público, el CGPPP, en sus arts. L. 3112-1<sup>360</sup>, 3112-2 y 3112-3, ha permitido la realización de transferencias e intercambios de bienes demaniales entre Administraciones públicas o incluso a beneficio de sujetos privados, con el requisito de que esta operación garantice y mejore las condiciones de ejercicio de un servicio público.

Antes de la entrada en vigor del CGPPP, las personas públicas no podían recurrir a estos mecanismos, salvo que desafectaran previamente los bienes, lo que no dejaba de ocasionar problemas en la gestión corriente de su patrimonio y en sus competencias. Por ello, el legislador se vio en la obligación de prever excepciones a la regla de la inalienabilidad a fin de permitir a las Administraciones públicas enajenar entre ellas su patrimonio, sin tener que recurrir al procedimiento del *déclassement*<sup>361</sup>.

El CGPPP deroga el principio de inalienabilidad para estas transferencias de propiedad, que responden claramente al deseo de proceder a la valorización del dominio público; de esta manera, la regla de la inalienabilidad no se aplica ya con tanta intensidad para estos casos<sup>362</sup>. Se ofrece la posibilidad de recurrir al intercambio de bienes, afectados a un servicio público, con un mecanismo simple, pues ya no es obligatorio acudir a la desafectación. No obstante, sí se prevé que cuando una

---

<sup>360</sup> El art. L. 3112-1 del CGPPP establece: «*Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, qui relèvent de leur domaine public, peuvent être cédés à l'amiable, sans déclassement préalable, entre ces personnes publiques, lorsqu'ils sont destinés à l'exercice des compétences de la personne publique qui les acquiert et relèveront de son domaine public*».

<sup>361</sup> BENCHENDIKH, F., «Le transfert de propriété des biens entre personnes publiques, consécration de la valorisation du patrimoine public de l'Administration?», GUÉRARD, S. (dir.), *Réflexions sur le Code Général de la Propriété des Personnes Publiques*, Litec, Paris, 2006, p. 62, «*En effet, la raison d'être du principe d'inaliénabilité est bien la protection de l'affectation. Le respect de ce principe d'inaliénabilité est donc destiné à protéger non pas le domaine public, mais bien le patrimoine public au travers de l'affectation. En cas de transfert de propriété entre personnes publiques, l'affectation du domaine public n'est pas remise en cause, c'est ce que démontre l'apport du Code général de la propriété des personnes publiques*».

<sup>362</sup> BENCHENDIKH, F., «Le transfert de propriété des biens...», *op. cit.*, p. 75, «*Le Code de la propriété des personnes publiques procède donc à une avancée considérable en facilitant ainsi la circulation des biens entre les personnes publiques. Néanmoins, pour utiliser pleinement les teneurs de ces dispositions, les collectivités publiques devraient davantage s'engager dans des procédés de recensement de leur patrimoine afin d'en avoir une connaissance exhaustive. Mais le nouveau code confirme que la notion d'affectation du domaine public est bien la notion-clé de la domanialité publique*».

Administración pretenda intercambiar un bien de su dominio público con un bien perteneciente a un particular, o con un bien del dominio privado de una persona pública, no puede hacerlo, sino después del *déclassement*.

Esta nueva posibilidad está condicionada al cumplimiento de dos obligaciones. De una parte, los bienes demaniales cedidos deben ser destinados al ejercicio de competencias del adquirente. Una persona pública no puede adquirir bienes afectados a un servicio público que no correspondan a sus competencias<sup>363</sup>. De otra, los bienes vendidos deben seguir formando parte del dominio público, según los criterios del art. L. 2111-1, pues no se puede utilizar este procedimiento para quitarle a un bien su afectación pública. Por tanto, con independencia del sujeto transmitente la función no puede dejar de ser la satisfacción de un interés general.

### **2.2.2. La inembargabilidad**

La inembargabilidad de los bienes públicos constituye una regla tradicional, consagrada por el *Tribunal des conflits* desde 1899. Se encuentra regulada actualmente en el CGPPP, en su art. L. 2311-1, en los términos siguientes: «*Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 sont insaisissables*», como un principio distinto del de inalienabilidad.

En virtud de este principio, se prohíbe utilizar los mecanismos de ejecución previstos en Derecho privado en contra de las Administraciones públicas. De ello resulta que ninguna posesión útil puede ser ejercida sobre una parcela demanial.

Se aplica al conjunto de bienes públicos y no únicamente a los bienes demaniales.

### **2.2.3. La imprescriptibilidad**

El principio de imprescriptibilidad protege al dominio público, tanto frente a terceros como frente a la actuación de la propia Administración<sup>364</sup>. Así lo establece el

---

<sup>363</sup> YOLKA, P. (dir.), *Code Général de la Propriété des Personnes Publiques...*, op. cit., p. 279, precisa: «*Cette première condition est assez logique et doit s'analyser en liaison avec le principe de spécialité des personnes morales de droit public. Une personne publique ne devrait donc pas pouvoir acquérir des biens affectés à un service public qui ne relèverait pas de ses compétences: par exemple, une commune pourrait vendre à l'État un commissariat de police qu'elle a construit dans le cadre du dispositif prévu à l'article L. 1311-4 du Code général des collectivités territoriales, mais l'inverse ne serait pas possible*».

<sup>364</sup> Los arts. 2219 y 2258 del Code civil definen la prescripción extintiva como: «*un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps*» y la prescripción

art. L. 3111-1 del CGPPP, incluso con independencia de que la Administración deje de reivindicar la propiedad de una determinada parcela o exista un error de delimitación imputable a ella<sup>365</sup>.

### 3. EL CODE GÉNÉRAL DE LA PROPRIÉTÉ DES PERSONNES PUBLIQUES

#### 3.1. PRESUPUESTOS QUE DIERON LUGAR A LA REFORMA

El estado de cosas que dio lugar a la modificación de la regulación de la propiedad pública en Francia se caracterizaba por la combinación de dos elementos: una hipertrofia de la demanialidad pública<sup>366</sup>, consecuencia de una interpretación demasiado exigente del principio de inalienabilidad, y un sistema de fuentes que ocasionaba inseguridad jurídica y dificultaba la posibilidad de conocer cuál era el Derecho aplicable<sup>367</sup>. Existía una confusión más o menos consciente que olvidaba que la demanialidad pública tiene por efecto principal la inalienabilidad del bien, unida a una regulación general obsoleta y una dispersión de las normas reguladoras de los sectores especiales.

Estas circunstancias generaban grandes obstáculos jurídicos a las operaciones de valorización de la propiedad pública y provocaban una situación caracterizada por la huida del Derecho público, cuyo principio es la adaptación y la adecuación a las particularidades de las personas públicas, por los inconvenientes que se ocasionaba a las actividades de interés general. Todo ello se agravaba debido a la crisis económica, que ha ocasionado que las necesidades financieras de las Administraciones fueran en

---

adquisitiva como: «un moyen d'acquérir un bien ou un droit par effet de la possession sans que celui qui l'allègue soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi».

<sup>365</sup> GARCÍA CABA, M., «Los bienes públicos en Francia», PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.), *Derecho de los bienes públicos*, vol. IV, *Protección y tráfico jurídico de los bienes. Derecho comparado*, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 562.

<sup>366</sup> MELLERAY, F., «Définitions et critères du domaine public», *Dossier propriété public-domaine public*, *Revue Française de Droit Administratif*, septembre-octobre, 2006, pp. 906-907, «Cette volonté, exprimée clairement dès la première loi d'habilitation, reposait sur un constat partagé de manière à peu près unanime: celui de «l'hypertrophie» d champ de la domanialité publique, phénomène évidemment problématique à l'heure où la souplesse de gestion et surtout la valorisation économique des propriétés publiques sont recherchées de manière accrue».

<sup>367</sup> El Informe del Presidente de la República sobre el CGPPP (*Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n.º 2006-460, du 21 avril 2006, relatif à la partie législative du Code général de la propriété des personnes publiques*) exponía que el Derecho de bienes francés estaba compuesto por normas muy dispersas y desfasadas, que ocasionaban tal inseguridad jurídica que era casi imposible conocer cuál era el Derecho aplicable.

aumento y que éstas tuvieran que conseguir incrementar la rentabilidad del dominio público, intentando obtener beneficios de los bienes.

Es apropiado referirse al contexto en el que nace el nuevo Código regulador de la propiedad pública para comprender adecuadamente las soluciones adoptadas.

El informe elaborado por la *Section du Rapport et des Études* del Consejo de Estado en junio de 1986 se ocupa de esta cuestión y hace alusión a las dificultades ocasionadas por la aplicación excesiva del régimen de la demanialidad pública. Con el fin de encontrar una solución se ha argumentado que la afectación debe permanecer siempre en el núcleo de la demanialidad, llegando destacados autores a considerarla el único criterio determinante de la misma. Por ello, al ser ésta la piedra angular del régimen de la demanialidad, no le influyen las discusiones relativas a las relaciones entre las Administraciones públicas y los bienes demaniales. Sin embargo, al girar la afectación sobre los conceptos de uso y servicio público, deja de aparecer como el único elemento a considerar en la determinación de la demanialidad, ocasionando esto que en muchos supuestos se recurra a ella incluso, aunque no sea estrictamente necesario.

Finalmente, para corregir el criterio demasiado amplio de la afectación al servicio público, el *arrêt Société Le Béton*, de 19 de octubre de 1956, acogió de manera expresa por primera vez la noción de *aménagement spécial*<sup>368</sup> en relación con los bienes afectados a un servicio público. A pesar de ello, la regla que nace con pretensiones restrictivas (si la afectación no es suficiente para determinar que un bien es de dominio público sino que hace falta para ello algo más, la consecuencia lógica parece ser la de una mayor restricción a la hora de afirmar la demanialidad de un bien en particular), acabó perdiendo su finalidad reductora<sup>369</sup>.

---

<sup>368</sup> BEAUREGARD-BERTHIER, D., *Droit Administratif des biens*, Gualino, Paris, 2006, p. 60, «Ainsi, dans l'arrêt Société Le Béton, rappelons que le Conseil d'État avait posé le principe que le domaine public comprend les biens des personnes publiques affectés à un service public sous réserve d'un aménagement spécial. Et, en effet, dans la conception de la Commission de réforme du Code civil, cette notion devait limiter l'incorporation dans le domaine public des biens affectés aux services publics, le but étant de n'accorder la protection particulière du régime de la domanialité publique qu'à des biens pour lesquels ce régime exorbitant du droit commun était vraiment justifié (et non à des biens d'usage aussi courant que le mobilier des ministères, par exemple)».

<sup>369</sup> BARCELONA LLOP, J., «Novedades en el régimen jurídico...», *op. cit.*, pp. 549 y ss.



Los principios que inspiraron la reacción frente a la expansión excesiva del ámbito objetivo de la demanialidad pública y de su régimen jurídico fueron los siguientes<sup>370</sup>:

1. Es fundamental disipar toda forma de confusión entre demanialidad y propiedad. La demanialidad no es jamás un sustituto del régimen de propiedad. Si bien puede influir momentáneamente en el ejercicio de ciertos atributos de la misma, no puede hacerla desaparecer, pues la propiedad pública es una condición del régimen de afectación de la demanialidad pública<sup>371</sup>. Quiere decirse que la propiedad de las personas públicas es -en principio- la misma que disponen los sujetos de Derecho privado, mientras que la demanialidad es un régimen de afectación. Por este motivo, a la propiedad de las personas públicas, al ser idéntica a la de Derecho privado, es el Derecho privado el que se les aplica, es decir, los principios y las reglas jurídicas por las que se rigen son similares a los contenidos en el Código civil francés. En cambio, la demanialidad pública, siendo un régimen basado en la afectación de un bien al interés general, es un régimen de Derecho público, regido y basado en el Derecho administrativo. Al contrario, la propiedad pública es una condición -la primera y más absoluta- del régimen de la afectación de la demanialidad pública<sup>372</sup>.

2. La propiedad de las personas públicas es la misma que la de los sujetos privados y -lo que es importante- otorga acceso a los instrumentos jurídicos de valorización. En efecto, hoy no se discute algo que la jurisprudencia ya había anunciado hace mucho tiempo<sup>373</sup>: la propiedad de las personas públicas es de la misma naturaleza y consagración constitucional que la de las personas privadas.

---

<sup>370</sup> GAUDEMET, Y., *La réforme du droit des propriétés publiques*, Institut de la gestion délégué, Colloque de Vaugirard, 28 janvier, 2004, travaux publiés in *Les petites affiches*, 23 juillet, 2004, núm. 147.

<sup>371</sup> Debe tenerse en cuenta que esta visión funcional del dominio público es plenamente asumida por la doctrina francesa, para la cual el dominio público es fundamentalmente una forma de propiedad inalienable e imprescriptible, cuya esencia reside en la afectación o destino de determinados bienes a la utilidad pública. En España, sin embargo, sin llegar a desaparecer del todo esta teoría, ha cobrado relieve una nueva corriente que niega la tesis dominical del dominio público, sosteniendo la idea de que la técnica jurídica del dominio público no es sino un título de intervención administrativa, dirigido a proteger y ordenar la utilización de determinados bienes de interés general.

<sup>372</sup> Esto debe llevar a comprender que la “escala de la demanialidad pública” no es jamás una escala de la propiedad. La propiedad pública es constante, pero recibe correcciones temporales y variadas afectando algunos de sus atributos.

<sup>373</sup> Se suele citar tradicionalmente: el *arrêt du Conseil d'État*, de 1923 *Piccoli*, que a propósito de los terrenos de Port d'Oran, había reconocido expresamente la propiedad del Estado sobre aquéllos; y la

3. La afectación opera como límite y medida de la inalienabilidad. El régimen de la demanialidad está limitado a los requerimientos de la afectación y durante la vigencia de la misma. Dado que la demanialidad es un régimen funcional, está justificada por las exigencias de la afectación del bien a una utilidad pública dada. En consecuencia, este régimen debe cesar su aplicación cuando lo hagan las necesidades de la afectación. Las consecuencias de esta consideración son importantes: por un lado, la demanialidad pública debería estar limitada en el espacio a los requerimientos de la afectación (lo que tiene por corolario la inaplicabilidad de la teoría de la accesión); por otro, no puede existir un dominio público virtual o por anticipación, ya que, por mera hipótesis, el bien no tiene ninguna afectación a una utilidad o servicio público.

4. La determinación del régimen jurídico funcional de la demanialidad debe ser legislativa. Conciernen a la ley el determinar el campo de la demanialidad pública, los elementos del régimen particular de la inalienabilidad y la elección de los regímenes funcionales.

En definitiva, todo ello demostraba que el Derecho demanial había devenido rígido en muchos aspectos, sin tener en cuenta las oportunidades relacionadas con la valorización<sup>374</sup> y se traducía en una sedimentación de textos sucesivos sin una visión de conjunto, así como una estratificación de procedimientos y de métodos de gestión diversos en función de la Administración pública.

### 3.2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Promulgado inicialmente por el Decreto núm. 57/1336, de 28 de diciembre de 1957 y aprobado por el Decreto de 14 de marzo de 1962, el *Code du domaine de l'État* reflejaba estas contradicciones o insuficiencias debido a que no había sido objeto de una revisión de conjunto desde 1970. Este código contenía dos de los principios más asentados en el régimen de la ocupación privativa de los bienes demaniales en Francia: la precariedad en la que se encontraba el ocupante y la regla de la interdicción de la constitución de derechos reales sobre el dominio público al considerarse que esto

---

decisión de la *Cour de Cassation*, de 11 de diciembre de 1934, que recordaba que: «*la propriété du sol de la voie publique emporte celle du dessus*».

<sup>374</sup> BEAUREGARD-BERTHIER, O., *Droit Administratif des biens...*, op. cit., p. 25, «*La nécessité d'une codification du droit demanial se faisait d'autant plus sentir que bon nombre de ses règles étaient issues de la jurisprudence administrative et qu'elles souffraient souvent d'une rigidité et d'une complexité difficilement compatibles avec les impératifs de valorisation économique des biens concernés; quant aux règles issues de la loi ou du règlement, elles n'étaient que parcellaires et en tout état de cause n'avaient pas été l'objet d'une révision d'ensemble depuis 1970, alors même que le contexte économique et juridique s'est transformé en profondeur*».

suponía una desmembración del derecho de propiedad y, con ella, una alienación parcial del dominio público. Ello ocasionó una situación descrita por la *Section du Rapport et des Études* del Consejo de Estado de la siguiente manera: «*le régime de la domanialité publique, qui ne permet pas de conférer au cocontractant un droit réel immobilier, peut, dans certains cas, compliquer le financement des investissements escomptés par la collectivité publique de son cocontractant et, finalement, risquer de se retourner contre elle*».

Frente a este panorama, el Consejo de Estado requirió la búsqueda de soluciones flexibilizadoras.

Con motivo de la elaboración de la Ley núm. 88-13, de 5 de enero, *d'amélioration de la décentralisation*, se introdujo la posibilidad de que las Corporaciones locales pudieran constituir censos enfitéuticos (*baux emphytéotiques*)<sup>375</sup> sobre sus bienes patrimoniales y demaniales para el cumplimiento de una misión de servicio público o para la realización de una operación de interés general de competencia local. Tras defender expresamente, tanto la inalienabilidad y la imprescriptibilidad de los bienes demaniales de las Entidades territoriales, como la prohibición de constituir derechos reales sobre bienes inmuebles de dominio público, el art. 13 establecía un régimen de excepción a tales reglas, contemplando expresamente el censo enfitéutico. En otros términos, el art. 13, mantenía la extracomercialidad general del dominio público, pero aceptaba que los bienes inmuebles de las Administraciones locales pudieran ser objeto de censo enfitéutico a los efectos de cumplir, por cuenta de la Administración, «*una misión de servicio público y para la realización de una misión de interés general de su competencia*».

El párrafo tercero de este mismo artículo era el que establecía las condiciones a las que se sometían las concesiones de *bail emphytéotique*<sup>376</sup>, entre las que pueden

---

<sup>375</sup> El *bail emphytéotique* confiere al *preneur* un derecho real susceptible de ser hipotecado y cedido a terceros, a cambio de un canon pagado al dueño del bien objeto de la enfiteusis, llamado *fermier* o enfiteuta. El enfiteuta es así titular de un derecho real inmobiliario y dispone del dominio de los terrenos durante un período de tiempo no inferior a dieciocho años ni superior a noventa y nueve, a cambio de una reducida contraprestación y explotando el bien con gran libertad. Como señala RUIZ OJEDA, A., *Dominio público y financiación privada...*, op. cit., p. 70, se trata «*de un molde jurídico tomado del Derecho privado particularmente apto para organizar la reversión de las obras e instalaciones construidas por el ocupante del bien demanial, que quedarán en beneficio de la dependencia ocupada, sin ningún tipo de cargas o gravámenes para la Administración o para los potenciales usuarios*».

<sup>376</sup> Los derechos resultantes no podrán ser cedidos a tercero más que con el consentimiento previo de la Administración; tanto el derecho real concedido sobre el inmueble ocupado como el derecho de propiedad sobre lo construido son susceptibles de ser hipotecados, aunque únicamente en garantía de los créditos contraídos para financiar la construcción o mejora de las obras; la Administración local quedará

destacarse: es posible hipotecar lo construido; se precisa autorización para las cesiones; las garantías que se constituyan sobre lo construido sólo deben afectarse a los créditos contraídos para financiar la construcción; la Administración local se subroga en la posición del censatario respecto de sus acreedores en los casos de resolución o modificación del contrato, etc. Todas estas condiciones, y la implantación misma del censo enfiteútico han sido determinantes para comprobar la compatibilidad de figuras contractuales como aquella con el mantenimiento de la afectación del bien al uso y servicio público.

A raíz de este artículo, la doctrina predijo la futura extensión del sistema al dominio público estatal que aún seguía estrictamente las reglas tradicionales. La Ley núm. 94-631, de 25 de julio de 1994, por la que se introduce, en el Capítulo I del Título II del Libro II del *Code du domaine de l'État*, una sección tercera titulada «*occupations constitutives de droits réels*», regula una solución no similar a la del ámbito local, pero del mismo calado institucional: el ocupante del dominio público en virtud de una autorización o título concesional ostenta un derecho real de naturaleza administrativa por el tiempo de duración de la autorización o concesión, pero nunca superior a setenta años. Llegado el término del título, la regla que debía cumplirse era la demolición de todas las obras, construcciones e instalaciones existentes sobre el dominio público. No obstante, el título podía prever lo contrario, adquiriendo el Estado las construcciones, gratuitamente y libres de toda carga. Asimismo, la Administración podía revocar unilateralmente el título antes de la expiración del plazo previsto en él, bien por el incumplimiento de sus cláusulas y condiciones, bien por otras razones de interés general. Por último, la Ley admitía la posibilidad de concluir los llamados *crédit-bail*<sup>377</sup> para la financiación de las obras, instalaciones y construcciones sobre el dominio público, a excepción de las afectadas a determinados servicios públicos y adaptados a él, de las afectadas al uso público y de las ejecutadas por una persona pública por razones de interés general<sup>378</sup>.

---

subrogada en la posición del censatario respecto a sus relaciones con los acreedores, caso de que acuerde la resolución o modificación del contrato de censo enfiteútico o de cualquiera de los actos no separables del mismo.

<sup>377</sup> GUIBAL, M. y RAPP, L., *Contrats des collectivités locales*, Éditions Juridiques Lefevre, Paris, 1989, pp. 105-106.

<sup>378</sup> RUIZ OJEDA, A., *Dominio público y financiación privada...*, *op .cit.*, p. 73, recuerda que el *crédit-bail* es la técnica de financiación que supone una relación entre dos partes: un establecimiento de crédito propietario del equipamiento construido, denominado *bailleur*, y un arrendatario del mismo, denominado *preneur*, que quedan ligadas mediante un contrato que comporta indisociablemente, un arrendamiento cuya duración y cánones ya están fijados y, al tiempo, un compromiso por parte del *bailleur* de vender al

Además, la ansiada codificación de las reglas jurídicas aplicables a los bienes públicos debía dar respuesta a si tenía sentido o no establecer regímenes diferenciados entre el dominio público local y estatal.

Por todo ello, la reforma legislativa de los bienes públicos, que era esperada desde hacía tiempo, ha tenido lugar mediante la adopción del *Code Général de la Propriété des Personnes Publiques*, aprobado por la Ordenanza núm. 2006-460, de 21 de abril de 2006, relativa a la parte legislativa del *Code Général de la Propriété des Personnes Publiques*<sup>379</sup>. Como se ha podido observar, se ha intentado dar respuesta a la necesidad surgida de la constatación de que el régimen jurídico de la demanialidad exorbitante del Derecho común acababa impidiendo el cumplimiento de los fines de interés general que justifican su existencia misma<sup>380</sup>.

### 3.3. PRINCIPALES REFORMAS INTRODUCIDAS

Esta modificación del Derecho de las propiedades públicas no ha intentado que el dominio público desapareciera, pero sí le ha otorgado al régimen de la demanialidad mayor flexibilidad para adaptar mejor su gestión al interés general, teniendo en cuenta las necesidades de orden económico, mediante una interpenetración del Derecho público y del Derecho privado<sup>381</sup>. Se ha procedido a una profunda modificación del Derecho demanial a partir de la incorporación de las siguientes novedades:

1. El propio título del Código no deja lugar a duda sobre el estatuto de propietarias de las Administraciones públicas sobre sus bienes y confirma que este derecho de propiedad no es, en esencia ni en sus manifestaciones, diferente de aquél que

---

*preneur* los equipamientos arrendados al final del plazo fijado por un precio (valor residual) igualmente establecido en el contrato.

<sup>379</sup> La habilitación legislativa del *Code Général de la Propriété des Personnes Publiques* se hizo por la Ley núm. 2003-591, de 2 de julio, que facultaba al Gobierno para simplificar el Derecho y que en su art. 34 lo ha capacitado para adoptar las medidas legislativas necesarias: «*le gouvernement à prendre par ordonnance les mesures législatives nécessaires pour modifier et compléter... 2° les dispositions relatives à la définition, à la administration, à la protection et au contentieux du domaine public et du domaine privé, mobilier comme immobilier, de l'État, des collectivités territoriales et des établissements publics, à la authentification des actes passés par ces personnes publiques, au régime des redevances et des produits domaniaux, tant en ce qui concerne leur institution que leur recouvrement, ainsi que celles relatives à la réalisation et au contrôle des opérations immobilières poursuivies par ces collectivités, afin de les simplifier, de les préciser, de les harmoniser, d'aménager la gestion domaniale et de les codifier*». Sin embargo, el Consejo de Estado decidió ampliar la consulta a la doctrina para realizar una verdadera reforma. De esta manera, la inicial habilitación de dieciocho meses ha debido ser prolongada dos veces: por la Ley de 9 de diciembre de 2004, nueva ley de simplificación del Derecho, y por la Ley de 26 de julio de 2003.

<sup>380</sup> CHINCHILLA MARÍN, C., *Bienes patrimoniales del Estado...*, op. cit., pp. 46-47.

<sup>381</sup> BRARD, Y., *Domaine public et privé des personnes publiques*, Dalloz, Paris, 1994, p. 114.

las personas privadas ostentan sobre sus bienes. Es el mismo derecho de propiedad, que, no obstante, para ciertos regímenes es corregido por la afectación, es decir, el régimen general es el derecho de propiedad, limitado por ciertas reglas en algunos supuestos. Por ello, si la afectación desaparece, el propietario continúa gozando de su derecho y puede tener plena disposición sobre el bien. Este derecho de propiedad condiciona las diferentes partes del Código: la adquisición de bienes y la constitución de propiedades públicas (parte I del Código), la gestión bajo los diferentes regímenes de afectación (parte II) y las modalidades y condiciones para la enajenación (parte III)<sup>382</sup>. La cuestión es esencial, ya que afirmar que las Administraciones públicas son propietarias implica permitirles utilizar todas las herramientas del derecho de propiedad: consentir derechos reales, hipotecar, recurrir al *crédit-bail*.

2. La demanialidad pública es colocada en el lugar que le corresponde: limitada a los requerimientos de la afectación. Se ha consagrado una concepción menos extensiva de los principios demaniales para intentar que sólo los bienes que forman parte del dominio público estén protegidos por ellos. Asimismo, la inalienabilidad del dominio público cambia radicalmente de perspectiva, al ser interpretada ahora como una inalienabilidad funcional, debido a que las necesidades de la afectación son también la medida y los límites de ésta.

3. Además, se ha dotado a las personas públicas de un conjunto coherente, actualizado y estructurado de reglas. De esta forma, se ha pretendido alcanzar un equilibrio entre la protección del dominio público y su valorización, es decir, soluciones susceptibles de rentabilizar las propiedades públicas sin perjudicar su afectación<sup>383</sup>.

---

<sup>382</sup> La primera parte del código trata de la adquisición de bienes por las personas públicas, los modos y los procedimientos de adquisición. La segunda parte trata de la gestión de los bienes, distinguiendo entre “*les biens relevant du domaine public*” y “*les biens relevant du domaine privé*”. La tercera parte se refiere a la cesión de bienes manteniendo la misma distinción. La cuarta parte desarrolla otras operaciones inmobiliarias de las personas públicas y la quinta, las disposiciones relativas a la adquisición, gestión y cesión de bienes de las colectividades ultramarinas.

<sup>383</sup> El *Code Général de la Propriété des Personnes Publiques* aprobado por la Ordenanza núm. 2006-460, de 21 de abril relativa a la parte legislativa del *code général de la propriété des personnes publiques* da respuesta al consenso que existía sobre la necesidad de modernizar el Derecho de la propiedad de las personas públicas. Por ello, entre sus grandes innovaciones clarifica varias nociones fundamentales relativas a la demanialidad pública y a la propiedad de las personas públicas con la finalidad de facilitar la modernización de la gestión del patrimonio de las personas públicas. Permite una mejor valorización del dominio público. Sin embargo, también existen algunas críticas que la doctrina realiza al Código. Concretamente, se afirma que es incompleta la reforma del régimen de las ocupaciones demaniales; se califica de lamentable la teoría de las mutaciones demaniales y se lamenta el mantenimiento de soluciones diferentes, según las ocupaciones, en la disposición y circulación de los derechos reales. Además, se reprocha el diferente trato que reciben las colectividades locales y la Administración pública del Estado

Consecuentemente, en Francia, país que alumbró las categorías del dominio público y del dominio privado como dos conceptos contrapuestos, puede observarse una tendencia “flexibilizadora” o “privatizadora” que aplica a los bienes demaniales ciertas reglas del régimen jurídico privado. Se debilita la rígida separación entre las dos categorías, al tiempo que se cuestiona la no siempre justificada aplicación de los principios jurídicos conformadores de la categoría de dominio público<sup>384</sup>.

De todas maneras, debe indicarse que no todas las innovaciones son positivas ni todas las reglas están claramente unificadas. Esta falta de uniformidad se manifiesta en diferentes niveles<sup>385</sup>:

En primer lugar, el campo de aplicación de los títulos de ocupación del dominio público constitutivos de derechos reales continúa variando en función de la Entidad pública propietaria. Se subraya que el Código agrava aún más la falta de coherencia de las exclusiones generales.

En segundo lugar, la duración de la autorización de ocupación privativa del dominio público no ha sido armonizada. Cuando las normas prevén límites precisos a esta duración, dicho límite está fijado en setenta o noventa y nueve años, en función de la Administración pública propietaria y del título jurídico concedido.

Por último, la ausencia de armonización de las reglas atributivas de derechos acordados. En efecto, el silencio del título no tiene el mismo significado según el caso en el que nos encontremos. El propio carácter de los derechos acordados difiere según el caso.

Además, se critica que las técnicas utilizadas en Derecho francés han sido creadas a medida que fueron siendo necesarias. No hubo una reforma de conjunto, sino

---

justificado únicamente por consideraciones de oportunidad política. Mientras que aquéllas pueden conceder títulos constitutivos de derechos reales, éste lo hace automáticamente (ahora la ocupación demanial conlleva el reconocimiento de un derecho real del ocupante demanial sobre las instalaciones realizadas por él para el dominio del Estado y sus establecimientos públicos). El art. L. 2122-6 afirma que: «*le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public de l'État a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre*», precisando que: «*ce droit réel confère à son titulaire pour la durée de l'autorisation et dans les conditions précisées les prérogatives et obligations du propriétaire*». Se observa así una verdadera inversión de los principios resultantes del nuevo Código: mientras que la inalienabilidad del dominio público prohibía el reconocimiento de toda especie de derecho real al ocupante autorizado, salvo texto legislativo específico que consagrara dicha posibilidad, el Código de 21 de abril de 2006 recoge la regla contraria.

<sup>384</sup> CHINCHILLA MARÍN, C., *Bienes patrimoniales del Estado...*, op. cit., pp. 48-53.

<sup>385</sup> BEAUREGARD-BERTHIER, O., *Droit Administratif des biens...*, op. cit., pp. 28-29.

que cada vez que hacía falta se creaba un útil jurídico distinto y específico, sin realizar una modificación completa<sup>386</sup>.

### 3.4. FUTUROS CAMBIOS EN LA MATERIA

Hay que destacar que en la actualidad la materia continúa evolucionando y que existen muchos proyectos que afectan, por ejemplo, a los derechos reales o a la división en volúmenes, así como numerosas técnicas que se van configurando para mejorar el objetivo pretendido por el Código.

Hoy se habla del Código después del Código (*Le Code après le Code*). Un papel fundamental al respecto lo desempeña el anteproyecto de propuesta de reforma del Libro II del C.c. relativo a los bienes, que completa las disposiciones referidas a las divisiones de la propiedad, creando un derecho de disfrute especial dentro del modelo de derechos reales instituido para la valorización del dominio público.

El art. 608 abrirá esta nueva sección en los siguientes términos: «*Le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un ou plusieurs droits réels conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un ou de plusieurs de ses biens*», a lo que se añade: «*Les droits réels de jouissance sur le domaine public s'établissent et s'exercent dans le cadre du Code général de la propriété des personnes publiques et selon les lois qui les régissent*». Todo ello de dentro del marco de un artículo general que encabezará el nuevo Libro del Código civil francés disponiendo lo siguiente: «*Les biens des personnes publiques sont régis par les dispositions du présent code ainsi que par le Code général de la propriété des personnes publiques et les lois qui les concernent*».

Las Administraciones públicas podrán encontrar así el camino de un nuevo Código civil francés que incorpora las novedades introducidas por las recientes reformas del Derecho de los bienes públicos.

## 4. MEDIOS JURÍDICOS UTILIZADOS PARA LA VALORIZACIÓN

Los medios jurídicos empleados en Derecho francés para alcanzar la valorización son múltiples. De todos ellos, pueden citarse los siguientes:

---

<sup>386</sup> GAUDEMET, Y., Préface, YOLKA, P. (dir.), *Code Général de la Propriété des Personnes Publiques...*, op. cit. afirma que los elementos y las técnicas creadas para la valorización no han seguido una regulación coherente ni completa, sino que han ido surgiendo a medida que han ido siendo necesarias.



## 4.1. LOS USOS DEL DOMINIO PÚBLICO

### 4.1.1. Consideraciones generales

Las disposiciones del CGPPP relativas a la utilización del dominio público conforman el Título II del Libro Primero de la segunda parte de la norma, consagrado a la gestión de las propiedades públicas. Más precisamente, se trata de los arts. L. 2121-1 a L. 2125-7.

Estas previsiones están repartidas en cinco Capítulos distintos, de extensión desigual. Los dos primeros Capítulos contienen la distinción clásica entre la utilización conforme con la afectación y la utilización simplemente compatible con ella<sup>387</sup>. El Capítulo III está consagrado a las modalidades de gestión, abordando, en particular, las transferencias de gestión y la concurrencia de afectaciones. A continuación, el Capítulo IV, bajo la rúbrica «*Dispositions particulières*», fija las reglas que deben seguirse para la utilización del dominio público marítimo, fluvial y hertziano, y para la explotación de los recursos naturales, el uso de los edificios afectados al culto y de las concesiones de ocupación. Finalmente, el Capítulo V se encarga de las disposiciones financieras.

No obstante, al centrarse el Código en la explotación de la propiedad, no es su principal preocupación el hecho de regular las utilizaciones colectivas (*utilisation collective*<sup>388</sup>) que, al caracterizarse por ser gratuitas<sup>389</sup>, no aportan posibilidades de

---

<sup>387</sup> YOLKA, P. (dir.), *Code Général de la Propriété des Personnes Publiques...*, op. cit., p. 104, señala que las reglas aplicables a cada una de estas dos categorías son diferentes; mientras que la utilización conforme a la afectación se basa en un régimen de libertad, a condición de que se respete la utilidad pública), la utilización compatible está enmarcada en un cuadro mucho más rígido. Además, esta *summa divisio* afecta a todos los bienes del dominio público, es decir, trasciende la distinción de bienes demaniales muebles e inmuebles, naturales y artificiales, y dentro de estos últimos entre bienes afectados a un uso público o a un servicio público. Asimismo, todo ello demuestra que se sobrepasa la distinción entre utilizaciones colectivas y privativas. Explica BAUREGARD-BERTHIER, D., en su obra «L'utilisation du domaine public après l'adoption de la partie législative du Code général de la propriété des personnes publiques. Brèves remarques sur une réforme inachevée», in GUÉRARD, S. (dir.), *Code Général de la Propriété des Personnes Publiques*, Lexis Nexis, Paris, 2007, p. 21, los motivos de esta omisión de las utilizaciones colectivas «*Faut-il s'étonner du silence du nouveau code sur cette question? Probablement pas: il s'explique sans doute par le fait que sous l'angle de la valorisation des propriétés publiques, l'utilisation collective du domaine public est considérée comme porteuse d'enjeux moindres que son occupation privative, du fait notamment de sa gratuité de principe*».

<sup>388</sup> BAUREGARD-BERTHIER, O., *Droit Administratif des biens*, Gualino éditeur, Paris, 2006, p. 129, define esta clase de uso como aquél en el cual el bien es utilizado por el público en general o por una categoría de personas objetivamente determinada. «*On parle d'utilisation collective du domaine public lorsque le bien est utilisé par le public en général, ou par une catégorie de personnes objectivement déterminée. L'exemple type est celui de l'utilisation des voies publiques par les piétons ou les automobilistes*».

rentabilización como sí lo hacen las ocupaciones privativas. Por ello, la distinción fundamental que realiza la norma, como hemos señalado, es aquella que diferencia entre *l'utilisation conforme à l'affectation*<sup>390</sup> y *l'utilisation compatible avec l'affectation*<sup>391</sup>.

La primera puede definirse como la utilización del bien que cumple y respeta su destino. Esto significa que el bien en cuestión es utilizado con el fin de cumplir la misión a la cual está destinado<sup>392</sup>.

En cambio, la segunda es aquella ocupación que sobrepasa los derechos de uso pertenecientes a todos<sup>393</sup>. Esto no quiere decir que no existan principios ni reglas establecidas al respecto, pues para todos los casos se prevé, por un lado, la exigencia de que las utilidades sean conformes o al menos compatibles con la afectación y que no comprometan su conservación. Por otro, la Administración siempre dispone de la facultad de modificar la afectación del dominio. Es por ello que las condiciones de utilización colectiva pueden variar.

En cuanto a los títulos que son requeridos para uno y otro tipo de uso, debe subrayarse que existen algunas particularidades al respecto. En el caso de la utilización conforme a la afectación, no se precisará ninguna habilitación concreta. Sin embargo,

<sup>389</sup> BAUREGARD-BERTHIER, O., *Droit Administratif des biens...*, op. cit., p. 130, «*S'il agit bien là d'un principe, reconnu comme tel par le juge constitutionnel, ce dernier a toutefois refusé de lui attribuer une valeur constitutionnelle (CC, 12 juillet 1979, Ponts à péages) et la gratuité revêt en pratique des effets plus limités*».

<sup>390</sup> El art. L. 2121-1 del CGPPP indica: «*Les biens du domaine public sont utilisés conformément à leur affectation à l'utilité publique. Aucun droit d'aucune nature ne peut être consenti s'il fait obstacle au respect de cette affectation*».

<sup>391</sup> El art. L. 2122-1 del CGPPP establece: «*Nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L.1 ou l'utiliser dans des limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous*».

<sup>392</sup> Precisa YOLKA, P. (dir.), *Code Général de la Propriété des Personnes Publiques...*, op. cit., p. 103, que «*Dans cette hypothèse, on peut dire que l'utilisation conforme se confond avec l'affectation du domaine public à l'utilité publique, car elle est déterminée par celle-ci. Pour ne prendre pas que quelques exemples, l'utilisation collective de la voie publique par les piétons, l'occupation privative des halles et des marchés par les commerçants où l'occupation privative par le titulaire d'une concession de plage d'une partie des rivages de la mer sont des occupations conformes du domaine public; car une voie publique sur laquelle on ne pourrait plus circuler à pied n'aurait plus de raison d'être, de même que des halles et marchés sans commerçants ou qu'une plage sans certaines équipements (cabines, chaises longues, etc.)*».

<sup>393</sup> Sobre la cuestión de si este criterio es totalmente nuevo o no (pues no se utiliza la noción de ocupación o de utilización privativa como criterio), CHAPUS, R., *Droit Administratif général*, Montchrestien, Paris, 2001, p. 591, apunta que ocupar o utilizar el dominio público sobrepasando los límites del derecho de uso que corresponde a todos equivale a utilizarlo privativamente. «*Les utilisations privatives traduisent l'occupation par une personne déterminée d'une dépendance du domaine public, qui du fait de cette occupation se trouve soustraite à toute possibilité d'utilisation par d'autres*».

como prevé el segundo párrafo del art. L. 2121-1 del CGPPP, «*Aucun droit d'aucune nature ne peut être consenti s'il fait obstacle au respect de cette affectation à l'utilité publique. Aucun droit d'aucune nature ne peut être consenti s'il fait obstacle au respect de cette affectation*», por lo que sí deberá asegurarse que en todo momento el dominio público permanezca afectado a la utilidad pública. Por ello, la Administración debe rechazar toda utilización que pueda perjudicar la afectación y poder poner fin a aquella que se vuelva contraria a la misma.

Por el contrario, la utilización compatible con la afectación está sometida a condiciones más estrictas y precisa de la obtención previa de un título jurídico autorizante. Esta exigencia clásica se justifica por la necesidad de asegurar el respeto de la afectación del dominio público y de la autoridad pública.

#### **4.1.2. Las utilizaciones privativas**

A diferencia de las utilizaciones colectivas, los usos privativos suponen la ocupación exclusiva o privilegiada de un bien demanial<sup>394</sup>, determinada por un título conferido por la Administración, que como son una fuente de ingresos<sup>395</sup>, participan en el desarrollo económico general. Por este motivo, a pesar de que el CGPPP no se refiera expresamente a los mismos, pero sí lo haga indirectamente al regular las utilizaciones compatibles con la afectación, conviene hacer alusión a ellos. Son uno de los elementos determinantes en la evolución del Derecho demanial hacia el mercado.

Las ocupaciones privativas son atractivas para los operadores privados, cuyas actividades están condicionadas por una lógica de rentabilidad, al ser el dominio público en muchos casos un motor del mercado, que permite el desarrollo del comercio<sup>396</sup>. Sin

---

<sup>394</sup> GAUDEMET, Y., *Droit Administratif des biens...*, op. cit., p. 155, «*Les utilisations et occupations privatives sont celles qui comportent réserve exclusive d'une portion du domaine à un usager individuellement identifié*».

<sup>395</sup> Los usos privativos se rigen por el principio inverso al de gratuidad que caracteriza los usos colectivos. Como especifica el art. L. 2125-1 del CGPPP: «*Toute occupation ou utilisation du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 donne lieu au paiement d'une redevance*». Este principio tiene tres excepciones. La utilización puede ser gratuita «*lorsque l'occupation ou l'utilisation est la condition naturelle et forcée de l'exécution de travaux ou de la présence d'un ouvrage, intéressant au service public qui bénéficie gratuitement à tous*», así como «*lorsque l'occupation ou l'utilisation contribue directement à assurer la conservation du domaine public lui-même*» (art. L.2125-1 du CGPPP). Asimismo, «*les communes ou leurs groupements qui gèrent eux-mêmes leur service d'eau potable ou d'assainissement sont exonérés de toute redevance qui serait due en raison de l'occupation du domaine public de l'État par leurs canalisations ou leurs réservoirs*» (art. L. 2125-2 du CGPPP).

<sup>396</sup> MAMONTOFF, C., *Domaine public et entreprises privées...*, op. cit., pp. 141 y 175, explica que «*Le domaine public peut être attractif pour l'opérateur privé car dans certains cas il est le moteur de l'activité marchande tant pour les espaces domaniaux artificiels, que pour les espaces domaniaux*

embargo, no significa que éstas estén sometidas a un régimen de libertad. El hecho de que puedan no ser conformes con la afectación justifica que estén condicionadas a la obtención de un título administrativo.

En este contexto, debe indicarse que la afectación del dominio público debe ser objeto de una protección particular y las Administraciones deben tener siempre presente este objetivo<sup>397</sup>. En la mayoría de los supuestos, los sujetos privados ni conocen ni se preocupan por el significado de la afectación y de la relevancia de su protección; tan sólo evalúan si aceptan o no el riesgo de un uso o actividad en función de parámetros de rentabilidad. Suele suceder que únicamente se centren en la búsqueda de rentabilidad, en realizar un cálculo económico, alejado de toda idea de salvaguarda del servicio público o del uso público. No es extraño que el ocupante busque únicamente un enriquecimiento personal, que el dominio le puede procurar, o que sólo desee desarrollar un uso o actividad en función del provecho que se le pueda generar<sup>398</sup>.

Por este motivo, las ocupaciones no son libres, sino que, según el art. L. 2122-1 del CGPPP, se exige un título expreso que habilite para ocupar el dominio público. Las Administraciones, antes de acordar la autorización, deben verificar que la utilización pretendida sea compatible con la afectación y que no ponga en peligro la conservación del dominio<sup>399</sup>.

Por otra parte, la posibilidad de ceder el título de ocupación añade valor a la ocupación. Los titulares de una autorización de ocupación temporal tienen la

---

*naturels». «L'observation du domaine fait ressortir que celui-ci est devenu un vaste espace marchand, où se développent tous types d'activités économiques, commerciales et industrielles, grâce aux entreprises privées -entreprises individuelles ou sociétaires-, créatrices de biens et de services. L'analyse des textes confirme cette observation et prouve l'instauration de plus en plus marquée des actes caractéristiques de l'activité commerciale, qui s'infiltrent progressivement sur le domaine public. Le vocabulaire propre au commerce pénètre insidieusement et progressivement les textes législatifs et réglementaires».*

<sup>397</sup> Como prevén los arts. L. 2121-1 y ss. del CGPPP, las utilizaciones privativas deben ser si no conformes a la afectación, al menos compatibles con ella. No pueden ser autorizadas si no respetan el destino del dominio público, del que el público tiene derecho a disfrutar.

<sup>398</sup> En la evaluación, el ocupante analizará los puntos de debilidad y de fortaleza de la ocupación. Como indica MAMONTOFF, C., *Domaine public et entreprises privées...*, op. cit., p. 303, «*Les points forts de l'occupant deviennent les points faibles de l'administration. Ainsi, si l'occupant est indispensable au développement du service public, des activités annexes au service public et à la mise en valeur de la propriété foncière, il y a alors forcément un phénomène de dépendance au détriment de l'administration qui est alors en position de demander face à un professionnel sollicité, et sans lequel il ne peut y avoir ni développement du service public, ni activité annexe, ni profit du domaine public*».

<sup>399</sup> GODFRIN, P. et DEGOFFE, M., *Droit Administratif des biens. Domaine, travaux et expropriation...*, op. cit., p. 125, «*L'objectif est de parvenir à un compromis satisfaisant entre la protection dont doit bénéficier le domaine, en raison de son affectation, et sa valorisation, ce qui suppose que les agents économiques soient incités à s'installer sur les dépendances*».

posibilidad, salvo disposición en contrario de su título, de solicitar a la Administración la cesión, total o parcial, del título. Esta cesión será voluntaria cuando el ocupante sea quien toma la iniciativa, pero también podrá ser obligatoria o forzosa cuando tenga lugar como consecuencia de la decisión de un acreedor de ejecutar la garantía que grava las obras edificadas por el ocupante y que garantizan la devolución de las cantidades prestadas para su realización.

#### **4.2. LOS DERECHOS REALES SOBRE EL DOMINIO PÚBLICO**

Como hemos visto, para atraer a los ocupantes privativos, la Administración estableció un derecho de propiedad sobre las construcciones realizadas, derivado del otorgamiento de una autorización o de la celebración de un contrato, así como la posibilidad de constituir una hipoteca sobre aquéllas o de instaurar un *leasing* o *crédit-bail*.

#### **4.3. DIVISIÓN EN VOLÚMENES**

La diversificación de derechos provenientes de la propiedad constituye igualmente un instrumento de valorización de los bienes de los que son objeto.

En efecto, la propiedad puede descomponerse en estratos diversos y un mismo bien servir de soporte a varios derechos. La división en volúmenes es una operación de escisión del objeto del derecho de propiedad que ocasiona la desmembración de distintas fincas: la superficiaria o suelo, el vuelo y el subsuelo. La noción de valor trasciende entonces la diferencia entre bienes corporales e incorporales.

Esta práctica administrativa en extensión considera que el volumen separado del dominio público no está afectado y no necesita, por tanto, del mecanismo de desafectación. De esta manera, puede ser cedido sin tener que recurrir a más procedimientos.

Esto supone imaginar un inmueble no como una superficie palpable y visible, ni como una construcción edificada, sino al contrario como un espacio de tres dimensiones, de manera que se conciba al volumen totalmente dissociado o independiente de las propiedades situadas alrededor de él.

Además, esta división en volúmenes, fomentada por los poderes públicos, ha dado al derecho de superficie una dimensión nueva<sup>400</sup>, apareciendo ahora como un mecanismo atractivo especialmente para el desarrollo de infraestructuras y para la búsqueda de superficies construibles.

#### **4.4. LOS CONTRATOS**

##### **4.4.1. Consideraciones previas**

La noción general de contrato es la misma tanto en Derecho público como en Derecho privado. Que la noción sea idéntica no implica, sin embargo, que los regímenes jurídicos también lo sean: los contratos administrativos están regidos por reglas particulares entre las que sobresale la desigualdad entre las partes.

De todos ellos, han de destacarse aquéllos que, debido a sus características, constituyen instrumentos privilegiados de valorización.

##### **4.4.2. El contrato de ocupación del dominio público (*contrat d'occupation du domaine public*)**

###### **A) Consideraciones generales**

Como se ha señalado, los bienes demaniales están afectados a un uso público o a un servicio público, pero esta afectación no es incompatible con el hecho de que existan ciertas ocupaciones realizadas por sujetos privados cuyas actividades se ejercen sobre dominio público.

Cuando una Administración utiliza por sí misma un bien demanial o lo pone a disposición del público, respetando la afectación, esa utilización demanial no comporta necesariamente la celebración de un contrato. En efecto, la ocupación puede derivar de un contrato, pero también ser autorizada por decisión unilateral. El art. R. 2122-1 del CGPPP prevé que la autorización de ocupación o de utilización del dominio público pueda ser consentida, a título precario y revocable, mediante una decisión unilateral o un convenio. Quiere decirse que los bienes afectados a un uso o a un servicio público

---

<sup>400</sup> La Decisión de la Corte de apelación de París de 25 de septiembre de 1997, D. 1997, R. 226, establece: «Les dispositions du Code civil ne font pas obstacle à ce qu'un dessous du sol puisse être détaché du sol ou du reste du sous-sol par fractions qui forment à leur tour et par elles-mêmes une chose essentiellement distincte et susceptible d'appropriation particulière..., (...) ces conditions se rencontrent dans les zones d'agglomération urbaines généralement les plus importantes, notamment à Paris, il convient d'en tenir compte dans l'évaluation de l'indemnité due au titre et de la dépossesion d'un tréfonds lié au creusement d'un ligne de métro».

son susceptibles de ser objeto de una autorización unilateral o de un contrato de ocupación. La principal diferencia entre ellos se debe a que la revocación de la autorización no da lugar a derecho de indemnización, mientras que la del contrato sí lo otorga.

Estos contratos desempeñan uno de los papeles principales en la vida económica, puesto que constituyen instrumentos jurídicos muy importantes de explotación del dominio público. Benefician simultáneamente tanto a las Administraciones, cuya ventaja se concreta en la percepción de una tasa, como a las empresas que obtienen la posibilidad de realizar inversiones muy costosas en muchas ocasiones. Además, su utilidad deriva del hecho de que en determinados sectores, como los transportes, la energía y las telecomunicaciones, las empresas privadas y públicas necesiten recurrir a las utilidades demaniales y se vean beneficiados por el empleo de estos mecanismos.

A pesar de que existan ciertos desequilibrios entre ambas partes, para atraer a los inversores se refuerzan sus derechos de ocupación.

Hasta 1938 la jurisprudencia distinguía dos categorías de ocupaciones demaniales: si el contratante estaba encargado de una misión de servicio público, el contrato se regía por el Derecho administrativo, pero si la actividad no era constitutiva de un servicio público, el contrato se sometía al Derecho privado. Esta solución, criticada por la doctrina, fue modificada por el Decreto-Ley de 17 de junio de 1938, en virtud del cual: *«sont portés en premier ressort devant le conseil de préfecture sauf recours au Conseil d'État, les litiges relatifs aux contrats comportant occupations du domaine public, quelle que soit leur forme ou dénomination, passés par l'État, les départements, les communes ou leurs concessionnaires»*. La atribución de la competencia estaba claramente motivada por las consideraciones extraídas del régimen jurídico aplicable, puesto que, según el Decreto-Ley, el dominio público está por su naturaleza esencialmente fuera del comercio y, en consecuencia, los contratos a los cuales su gestión puede dar lugar son actos administrativos que no se someten a los tribunales civiles ni a las reglas de la legislación civil.

Esta atribución competencial es codificada desde el año 2006 por el CGPPP, que establece: *«sont portés devant la juridiction administrative les litiges relatifs: 1° Aux autorisations ou contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leurs formes ou leurs dénomination, accordés ou conclus par les personnes publiques*

*ou leurs concessionnaires».*

La redacción del texto implica que sea suficiente que el contrato tenga por efecto permitir la ocupación para merecer la calificación de contrato administrativo, aunque éste no sea su objeto<sup>401</sup>. A esto se añade que muchos contratos son considerados administrativos con independencia de cuáles sean sus cláusulas. Es el caso del censo enfitéutico de las Administraciones territoriales, en aplicación del art. L. 1311-3 del CGPPP.

### ***B) Clases de contratos de ocupación del dominio público***

#### ***B) 1. Utilización del dominio público con una finalidad de interés privado***

La ocupación demanial puede servir para el ejercicio de una actividad, generalmente económica, que no tenga por finalidad satisfacer el interés general. Es el caso, por ejemplo, de la instalación de restaurantes, librerías u otros comercios. Como todos los contratos de ocupación, sólo van a ser autorizados si son compatibles con la afectación.

El principal problema que presentan es el de la libre concurrencia, pues la ocupación del dominio público por un sujeto privado puede constituir un privilegio atentatorio de la libre concurrencia. Por ello, sólo podrá celebrarse el contrato, si se establecen medidas compensatorias y se paga un derecho de ocupación.

#### ***B) 2. Utilización del dominio público con una finalidad de interés público***

El ocupante demanial es a menudo delegatario de un servicio público. La relación entre la ocupación demanial y el servicio público puede ser más o menos estricta. Será menos estricta cuando la actividad, teniendo una finalidad de interés general, no constituya necesariamente un servicio público. Por el contrario, será más estricta cuando la gestión del servicio público consista en explotar o valorizar el dominio público.

---

<sup>401</sup> RICHER, L., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, Paris, 2012, p. 118, afirma: «*Toutes les actions liées à un contrat qui a en tout ou partie pour objet de permettre l'occupation du domaine public relèvent donc la compétence du juge administratif. Une seule exception a été apportée: le juge judiciaire s'est parfois reconnu compétent sur les actions tendant à l'expulsion d'un occupant dont le titre était expiré; mais en ce cas, le juge administratif était également compétent, ce qui avait pour effet de permettre au maître du domaine de choisir son juge, mais cette contradiction a été levée au profit du juge administratif par le Tribunal des conflits*».



### ***B) 3. Utilización del dominio público como instrumento de colaboración público-privada***

En la mayoría de los casos, el contrato de ocupación demanial sirve de soporte a una operación cuyo objetivo es la realización de obras útiles para los sujetos públicos. El fin principal no es autorizar la ocupación del dominio público, sino que la ocupación no es más que una condición para la realización de la operación de conjunto.

#### ***C) Características de los contratos de ocupación demanial***

Dado que, como hemos indicado, estamos ante uno de los contratos principales para llevar a cabo la valorización, sus características merecen ser desarrolladas a continuación.

La celebración de estos contratos que tienen por objeto principal autorizar la ocupación demanial no obedece a ninguna regla general de procedimiento. Sus características fundamentales son las siguientes:

##### ***C) 1. Precio de la utilización***

La puesta a disposición gratuita de un bien demanial constituye una liberalidad a favor de un particular, que la Administración no tiene derecho de consentir. Es por este motivo que el art. L. 2125-1 del CGPPP dispone que «*toute occupation ou utilisation du domaine public... donne lieu au paiement d'une redevance*», lo que no quiere decir que no existan excepciones. En la práctica se prevé que la ocupación puede ser gratuita cuando sea la condición natural para una obra o un servicio público que beneficie gratuitamente a todos o contribuya directamente a asegurar la conservación del dominio público.

La cantidad no puede ser fijada arbitrariamente, sino que el juez ejerce un control de posibles errores, verificando que el establecimiento haya sido hecho en función de los elementos particulares de la situación concreta. El art. R. 56 del *Code du domaine de l'État* estableció la regla que luego hizo suya el CGPPP, en su art. 2125-3<sup>402</sup> CGPPP, en virtud de la cual debían tenerse en cuenta las ventajas de cualquier naturaleza que pudieran procurarse al titular.

##### ***C) 2. Precariedad de las ocupaciones***

---

<sup>402</sup> El artículo dispone: «*La redevance due pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation*».

Si bien la jurisprudencia ha admitido, en varios pronunciamientos, el derecho de disfrute exclusivo sobre el dominio público, concedido a un particular, el principio de inalienabilidad del dominio público ocasionaba, y sigue ocasionando en algunas situaciones, la precariedad de ese disfrute, tal y como puede observarse por varias razones.

En primer lugar, existía una oposición tradicional a la constitución de derechos reales susceptibles de reforzar la situación jurídica del ocupante, colocándolo en una situación de inestabilidad. Por ello, el establecimiento de censos enfitéuticos (*baux emphytéotique*) no era posible si no existía una habilitación legislativa.

Otro de los reflejos de esta precariedad es que cuando la ocupación del dominio público se fundamenta en un contrato, la Administración puede ponerle fin cuando estime oportuno, por razones de interés general.

A pesar de ello, en los últimos años la situación del ocupante se ha visto reforzada, mediante la atribución de ciertas garantías. Por ejemplo, el juez puede controlar los motivos de la rescisión del contrato o el montante de la indemnización a la que da lugar dicha decisión.

Además, debido a que esta inseguridad es poco compatible con la valorización del dominio público, el legislador francés ha permitido al Estado y a las Administraciones locales la posibilidad de atribuir autorizaciones constitutivas de derechos reales y a estas últimas, además, la facultad de celebrar censos enfitéuticos<sup>403</sup>. El hecho de consentir esta opción sólo a las *Collectivités locales* se debe a que la disposición fue introducida tras la Sentencia *Eurolat*. La posibilidad para el Estado y ciertos establecimientos públicos ha sido consagrada más tarde y únicamente para permitir la restauración, la reparación o la rentabilización de los bienes.

Todo ello, sin pasar por alto que estos censos no pueden existir sino es para cumplir una misión de servicio público o en vistas a la realización de una operación de interés general. El derecho real que se obtiene es susceptible de ser hipotecado, aunque

---

<sup>403</sup> RICHER, L., *Droit des contrats administratifs...*, op. cit., pp. 646-647, precisa: «Utilisé à l'origine dans le monde rural pour stabiliser la situation de l'exploitant, le bail emphytéotique a gagné d'autres secteurs de la vie civile et commerciale, même si les dispositions qui le régissent continuent à figurer au Code rural. Il s'agit d'un contrat de location, mais dont l'économie est très particulière: la location est de longue durée (entre 18 et 99 ans), le loyer (dit le canon) est faible, et, en compensation, les constructions du preneur deviennent, en fin de bail, propriétés du bailleur, le preneur (emphytéote) est titulaire d'un droit réel qu'il peut hypothéquer».

con limitaciones, pues únicamente cabe esta opción para financiar la realización o mejorar las obras situadas sobre el bien.

En resumen, el censo es una posibilidad muy ventajosa que puede ser utilizada para confiar la ejecución de un servicio público, realizar una simple operación inmobiliaria en interés local, permitiendo financiar los equipamientos por el sector privado, o, desde la Ley de 29 de agosto de 2002, *d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure*, en interés del Estado para las necesidades de la justicia, policía o gendarmería nacional.

#### **4.4.3. El contrato de colaboración (*contrat du partenariat public-privé*)**

##### **A) Definición**

Los contratos de *partenariat public-privé* son definidos por *L'ordonnance du 17 juin 2004, sur les contrats de partenariat*, como contratos globales, en virtud de los cuales una persona pública (o privada encargada de una misión de servicio público) confiere a un tercero la realización de equipamientos de interés público y su gestión, siendo, además, éste último quien financia la obra y se encarga de su explotación<sup>404</sup>, y la Administración contratante, quien paga la retribución. En otros términos, se pretende confiar al contratante una misión global que comprende al menos tres aspectos: financiación, construcción o transformación de obras, y mantenimiento, explotación o gestión de las mismas. Así, se observa que el contrato es definido, como todos los contratos especiales, por su objeto, sin que se introduzcan importantes novedades en la materia: realizar una obra, financiarla y gestionar actividades<sup>405</sup>.

---

<sup>404</sup> *Actes du Colloque La valorisation économique des propriétés des personnes publiques*, organisé par le Conseil d'État à l'École Nationale d'Administration (ENA), 6 juillet 2011, p. 50, «*La vocation patrimoniale du contrat de partenariat ne s'arrête pas à la constitution ou l'amélioration du patrimoine de la personne publique. Elle va jusqu'à la valorisation de celui-ci et peut prendre deux formes: outre l'utilisation de l'ouvrage par le titulaire du contrat à des fins privées, ce dernier peut également contribuer à valoriser les emprises domaniales de la personne publique. Dans les deux cas, les recettes procurées par cette valorisation doivent permettre de réduire le coût net de l'ouvrage pour la personne publique*».

<sup>405</sup> GAUDEMET, «Les contrats de partenariat public-privé: étude historique et critique», *Bulletin Juridique des contrats publics*, núm. 36, 2004, p. 331, «*Les personnes publiques, comme tout un chacun, peuvent déjà -et ont toujours pu-, moyennant le versement d'un prix, passer des marchés de travaux, de services ou de fournitures. On comprend alors que la nouveauté est dans le caractère global de ces nouveaux contrats: ils ont vocation à accueillir à la fois des prestations de travaux et de services, mises à la charge d'un unique cocontractant, lui-même uni à l'administration par un même et unique contrat et à qui celle-ci verse le prix convenu*».

A pesar de la nueva definición de los contratos de *partenariat* como contratos globales que incluyen normalmente, en el seno de un mismo contrato, la realización y la rehabilitación de equipamientos públicos, así como la explotación y el mantenimiento de aquéllos por un período determinado, siendo el contratante remunerado a cargo de la Administración, los mismos -sin este nombre- ya existían o han existido con anterioridad. La novedad reside en el hecho de que ahora un solo título jurídico es suficiente para conferir una misión global al contratante, otorgándole una autorización para ocupar con esta finalidad el dominio público y atribuyéndole derechos reales. Como destaca BRISSON<sup>406</sup>, se trata de la voluntad de simplificación de los procedimientos, lo que es conforme a la lógica económica del proyecto de inversión, junto con el cual forma un todo.

### **B) Los precedentes: METP y BEA**

En primer lugar, debe señalarse que se han reconocido, en estos contratos de colaboración público-privada, los elementos tradicionales del denominado *Marchés d'Entreprise de Travail Public* (en adelante METP), ampliamente utilizado<sup>407</sup>.

La noción de «METP» apareció por primera vez en la jurisprudencia, con los *arrêts Ville de Colombes* de 1963 y *Société de SIMA* de 1971. Se trataba en ambos supuestos de especies de contratos para el servicio de recogida de residuos, en los que la calificación de la concesión fue rechazada y sustituida por la de METP. De esta manera, en el contrato celebrado por la ciudad de Colombes «*qui prévoyait au nom de la société, non le versement de redevances par les usagers, mais une rémunération forfaitaire à la charge de la ville, ne constituait pas une concession de service public, mais un marché d'entreprise de travaux publics*», e igualmente en el contrato celebrado con la sociedad SIMA, se ha considerado que «*en raison du mode de rémunération ainsi retenu, la*

---

<sup>406</sup> BRISSON, J.F., «L'adaptation des contrats administratifs aux besoins d'investissement immobilier sur le domaine public. Les aspects domaniaux des contrats de partenariat», *Actualité Juridique en Droit Administratif*, núm. 11, 2005, p. 591, «*Il s'agit là d'une volonté de simplification des procédures, qui est conforme à la logique économique du projet d'investissement, lequel forme un tout*».

<sup>407</sup> GAUDEMET, Y., «Les contrats de partenariat public-privé...», *op. cit.*, pp. 332-333, «*On a reconnu là en effet les éléments traditionnels de ce que l'on a coutume d'appeler le METP, largement pratiqué (et avec succès) il y a encore quelques années et que l'on a voulu condamner, non pas en tant que type de contrat critiquable en lui-même, mais en raison des abus auxquels il a pu donner lieu. Des textes spéciaux avaient, en outre, d'ores et déjà rétabli des contrats de ce type dans certains secteurs. Et la pratique également y a sa part (...). Si le METP s'est trouvé par la suite condamné, ce n'est pas parce que son objet global et complexe aurait eu quelque chose d'illicite ou d'illégitime; tout au contraire, il s'était imposé lui-même, en France comme à l'étranger, pour certaines opérations importantes de réhabilitation et de maintenance, relevant d'un financement public étalé sur la durée et relayé par un préfinancement sur fonds privés*».

*convention dont s'agit présentait le caractère, non pas d'une concession de service public, mais d'un marché d'entreprise de travaux publics». Por ello, se hace referencia a la composición de las figuras de METP en los siguientes términos: «se décomposant en deux éléments: marché de travaux publics (en l'espèce, la construction d'une usine); et contrat de prestation de services pour l'exploitation des installations».*

Siguiendo esta línea jurisprudencial, han tenido lugar varios pronunciamientos que definen el METP como una combinación entre una operación de trabajo público y la prestación de un servicio, consistente generalmente en el mantenimiento y la explotación de una obra, a pesar de que el contratista es remunerado, no por los usuarios, sino por la Administración para quien la obra se realiza. Se está así muy próximo a los contratos de *partenariat public-privé*, regulados por la Ordenanza de 17 de junio de 2004, a los que hacíamos referencia.

Por otro lado, también constituyen antecedentes de los contratos de colaboración público-privada los *Baux Emphytéotiques Administratifs* (en adelante BEA) introducidos por la Ley de 5 de enero de 1988, de mejora de la descentralización, para el dominio público local. Estos censos que se permiten «*en vue de l'accomplissement pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission d'intérêt général de sa compétence*» originan un derecho real que permite disponer de garantías reales, tales como el arrendamiento financiero (*crédit-bail*).

En ellos se encuentran también los elementos esenciales de los que serían los contratos de *partenariat public-privé*: el carácter global del contrato, que incluye la realización de una obra, su mantenimiento y su puesta a disposición o explotación, con una remuneración a cargo de la *collectivité*, mediante los arrendamientos pagados por la ocupación del inmueble<sup>408</sup>.

---

<sup>408</sup> GAUDEMET, Y., «Les contrats de partenariat public-privé...», *op. cit.*, p. 334, «*Sous les deux formes du BEA de la loi de 1988 et des occupations constitutives de droits réels de la loi de 1994, telles que construites par la pratique, c'est bien une variété de contrats de partenariat dont on dispose. Mais avec encore beaucoup d'incertitudes juridiques et aussi des limites –importants-qui sont, pour faire bref, de deux ordres.*

- 1) *La première tient aux champs d'application limités que ces deux législations se donnent à elles-mêmes: seules certaines occupations domaniales sont concernées, et du même coup- c'est l'effet régressif de ces législations- on en a déduit que de tels montages n'étaient pas possibles à partir d'autorisations domaniales ordinaires, ce qui est une erreur, car ces autorisations ordinaires ne confèrent pas moins que les autorisations de la loi de 1994 un droit réel à l'occupant sur les installations réalisées au bénéfice du titre sur le domaine public occupé.*
- 2) *La seconde limite tient à ce que ces solutions de la pratique et de la jurisprudence sont bâties à partir de textes qui ne se situent pas d'abord dans une logique contractuelle, on déduit du statut*

Debe indicarse que los BEA no han desaparecido, sino que, como establece el art. L. 2341-1 del CGPPP, han sido regulados los BEA de valorización para la restauración, reparación o valorización de los bienes inmuebles sobre los cuales se constituyan. Para ello, los inmuebles deben pertenecer al Estado o a sus organismos públicos.

Estos contratos administrativos por determinación legal confieren a su titular un derecho real de disfrute sobre los bienes; que presenta la doble característica común a todos los derechos reales. En primer lugar, que sus titulares son considerados propietarios, durante la vigencia del contrato, de las obras, construcciones e instalaciones que realizan, y por otro lado, que son susceptibles de cesión y, por tanto, de hipoteca.

Debe precisarse que existe una diferencia fundamental entre los BEA de valorización y los restantes BEA, constituida por el hecho de que el derecho real conferido por estos últimos puede no ser el mismo según si el bien sobre el que recae pertenece al dominio público o al dominio privado.

En el primer caso, el derecho real está sometido a los límites siguientes (art. L. 2341-1 del CGPPP):

1º. Los derechos resultantes pueden ser cedidos, previa autorización de la Administración pública propietaria, únicamente a persona subrogada en los derechos y obligaciones.

2º. El derecho real conferido no puede ser hipotecado si no es para garantizar los préstamos contraídos para financiar la realización de las obligaciones que conlleva el BEA.

3º. Sólo los acreedores hipotecarios pueden ejercer medidas de conservación o de ejecución sobre los derechos inmobiliarios resultantes del BEA.

4º. Las construcciones realizadas en el marco de un BEA pueden dar lugar a la celebración de contratos de *leasing*. En esos casos, los contratos contendrán cláusulas que permitan preservar las exigencias del servicio público.

---

*domanial de l'occupant une forme de contrat global qui valorise les droits tirés de cette occupation. La perspective de l'ordonnance sur les contrats de partenariat (et de la loi d'habilitation) est inverse: le régime des biens est un élément de l'équilibre et de la faisabilité du contrat conçu comme un tout».*

En el segundo, el BEA de valorización puede no satisfacer ninguna de las condiciones particulares impuestas para el caso de los bienes demaniales. A este respecto, el párrafo III del art. L. 2341-1 del CGPPP indica: «*L'une ou plusieurs de ces conditions [c'est-à-dire des conditions particulières auxquels doivent satisfaire les BEA de valorisation lorsqu'ils portent sur des biens du domaine public, ainsi que les autres types de BEA, qu'ils portent sur des biens du domaine public ou de domaine privé] peuvent également être imposées au preneur lorsque le bien fait partie du domaine privé de la personne publique*». Si una o varias condiciones pueden ser impuestas, es porque se trata de una simple facultad.

### ***C) El contenido de los contratos de partenariat public-privé***

El *Code des marchés publics* no permitía la celebración de contratos globales de colaboración, esto es, el Derecho común de reglamentación de los mercados no preveía la posibilidad de organizar el pago en función de la duración del contrato y, en todo caso, de liberarse de la prohibición del pago diferido. Además, contenía otro principio obligatorio, en virtud del no podía incluirse la transferencia del dominio de la obra al contratante.

Por este motivo, la Ordenanza de 17 de junio de 2004 se propuso la regulación de estos contratos, sometidos a un régimen jurídico con algunas peculiaridades. Sus previsiones más importantes son las siguientes<sup>409</sup>:

1ª. Al ser definido el contrato de *partenariat* como un contrato que conlleva una misión global, puede incluir la financiación, realización o rehabilitación de una obra, su explotación y su mantenimiento, así como la prestación de otros servicios de interés general. Son contratos administrativos por determinación de la ley.

2ª. El contrato no implica necesariamente que el terreno para la construcción sea demanial, ni tampoco de propiedad pública. La única incidencia se manifiesta a la expiración del mismo; en efecto, en ese momento el bien inmobiliario construido será transferido al patrimonio de la Administración pública. En el caso en que el terreno sea demanial, se prevé que el contrato vaya acompañado de una autorización de ocupación por su duración. El titular del contrato, salvo disposición en contrario, dispone de derechos reales sobre las obras e instalaciones que él realiza; derechos que le confieren las obligaciones y prerrogativas del propietario, con las condiciones y los límites

---

<sup>409</sup> GAUDEMET, Y., «Les contrats de partenariat public-privé...», *op. cit.*, pp. 337-338.

previstos por las cláusulas del contrato, que tienen por objeto garantizar la integridad y la afectación del dominio público.

3ª. La duración del contrato es natural y necesariamente proporcional al objeto de aquél y a la importancia de la financiación requerida, lo que conduce a no fijar la duración mínima, pero sí a establecer el principio de adecuación, en cada caso, de la duración del contrato a las obligaciones suscritas y a las condiciones de su equilibrio financiero.

4ª. Existe una obligación para las Entidades públicas de proceder a una evaluación del proyecto, analizando sus aspectos económicos, financieros y técnicos, para establecer así que el contrato de *partenariat* es el que mejor conviene. La Ley de 28 de julio de 2008 aclara que esta evaluación comporta un análisis comparativo de diferentes opciones, especialmente en términos de coste global, del reparto de riesgos y beneficios, así como de las obligaciones del desarrollo sostenible.

5ª. Se consagra un procedimiento de diálogo competitivo para la celebración de contratos de *partenariat*, que obliga a respetar las obligaciones nacionales y comunitarias de transparencia y de igualdad<sup>410</sup>.

6ª. Se regula un derecho del contratante sobre las instalaciones que realiza o rehabilita en virtud del contrato. Así, puede afirmarse que el contrato de *partenariat* confiere un pleno derecho real al contratante, sobre las instalaciones y obras objeto del contrato. Estos derechos reales conllevan la disposición de derechos y obligaciones del propietario, de tal manera que el titular del contrato puede comprometer ese derecho real para obtener financiación, especialmente a través del *crédit-bail*. El *crédit-bail* puede ser utilizado con vistas a la financiación de un equipamiento público, en cuyo caso el contrato debe implicar cláusulas que permitan preservar las exigencias del servicio público.

7ª. Se indica expresamente que el dominio de la obra se transfiere de pleno derecho al contratante de la Administración, como sucede en las concesiones, pero también en los

---

<sup>410</sup> GAUTHIER, C., «Les incidences du Droit de l'Union Européenne sur le Droit français des propriétés publiques», *Cahiers de Droit Européen*, vol. 43, núm. 3-4, p. 407, precisa: «L'ensemble des règles et principes qui viennent d'être rapidement présentés vont être sources de davantage de sujétions pour les propriétaires publics dans les relations qu'ils se tissent entre eux. Le champ d'application de ces règles va en effet être entendu de manière extensive. Cette affirmation est vraie concernant d'abord les règles relatives à la concurrence. Comme nous l'avons précédemment relevé, le droit communautaire postule une neutralité de principe à l'égard du régime de propriété dans les Etats membres et ce postulat se traduit par une soumission des propriétaires publics aux règles de concurrence, dès lors que celles-ci peuvent être assimilées à des entreprises et exercent donc une activité économique».



BEA y las autorizaciones demaniales de la Ley de 1994, con la realización de una obra de interés general.

8ª. Existe posibilidad de someter los contratos de *partenariat* a arbitraje.

#### 4.4.4. Los denominados «marchés publics»

Por su objeto, los denominados *marchés publics* se asemejan a los contratos celebrados entre dos particulares. Se trata en efecto de contratos por los cuales la Administración se procura suministros, servicios o la realización de trabajos mediante un precio.

En cuanto a su regulación, debe señalarse que estamos ante uno de los contratos con más antigüedad, lo que no es sinónimo de estabilidad, pues fue objeto de numerosas reformas<sup>411</sup>.

En 1959 fue creada la *Commission centrale des marchés* encargada de desempeñar junto al Ministro de Finanzas un papel de asesoramiento; misión que cumplió hasta el año 1998, en que fue suprimida. En este marco se produjo la primera codificación: el *Code des marchés publics*, aprobado por el Decreto de 17 de julio de 1964. Luego los cambios llevados a cabo a partir de ese momento adoptaron la forma de revisiones del Código hasta la adopción en 2001<sup>412</sup> de un nuevo código, modificado en muchas de sus disposiciones por el Decreto de 7 de enero de 2004, cuya elaboración ha sido bastante compleja<sup>413</sup>. Posteriormente, el Decreto de 1 de agosto de 2006 aprobó un nuevo *Code des marchés publics*, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2006, debido a las numerosas críticas recibidas por la Comisión europea, que estimaba que ciertos

---

<sup>411</sup> GAUDEMET, Y., «Le contrat Administratif, un contrat hors la loi», *Cahiers du Conseil constitutionnel*, núm. 17, 2004, p. 91.

<sup>412</sup> RICHER, L., *Droit des contrats administratifs...*, *op. cit.*, pp. 385-387, precisa que el código anterior al de 2001 fue objeto de numerosas críticas debido a la complejidad de su regulación. La demanda de un Derecho más accesible se debía a la dispersión de fuentes y a que el Derecho nacional francés no coincidía con el Derecho comunitario. Por ejemplo, el Consejo de Estado defendía que el Código no era aplicable a contratos celebrados entre dos personas públicas, mientras que la Directiva 92/50 sobre los mercados de servicios sí lo era. Esto no quiere decir que no existieran límites a la simplificación, pues una cierta complejidad es inevitable para respetar la igualdad y a la necesidad de adaptarse a variadas situaciones. Por ello, ha sido el Decreto núm. 2000-210, de 7 de marzo de 2001 el que adoptó un nuevo código de mercados públicos, a pesar de que la simplificación no sea más que relativa. Las nuevas disposiciones sólo debían aplicarse a los contratos celebrados a partir del 10 de septiembre de 2001, pero no a los anteriores y ni siquiera a los que estuvieran en curso, salvo motivo imperioso de interés general. A pesar de todo ello, el Código ha sido aplicado por muy poco tiempo.

<sup>413</sup> Un proyecto de Decreto fue sometido a votación. En él se preveía que, respetando los umbrales comunitarios, la colectividad pública determinara los términos de la adjudicación según los principios de transparencia e igualdad.

contratos habían sido exceptuados de la aplicación del Código anterior y que algunos procedimientos no eran respetuosos de los principios de publicidad y transparencia.

#### **4.4.5. El *leasing* (*crédit-bail immobilier*) o arrendamiento financiero con opción de compra**

Introducido en Francia por la Ley núm. 66-455, de 2 de julio de 1966, el *leasing* es a la vez una operación de arrendamiento y una operación de crédito, que puede llevarse a cabo sobre bienes muebles e inmuebles. El bien designado por el arrendatario es adquirido por el arrendador o vendedor, generalmente, un establecimiento financiero, que lo arrienda por un período de tiempo correspondiente a la amortización financiera. Al término de este período el arrendatario puede convertirse en propietario<sup>414</sup>, restituir el bien o solicitar la renovación del contrato.

Este contrato es beneficioso para ambas partes, permitiendo obtener las mismas ventajas que a cualquier particular. El arrendatario se beneficia de la financiación íntegra del bien, sin que exista un endeudamiento en su balance; de la sustitución cuando el progreso técnico lo demande; así como de no reclamar que el esfuerzo financiero lo haga de una sola vez. El arrendador, por su parte, recibe fondos sin perder la disposición del bien. Su utilización ha planteado muchos problemas de compatibilidad técnica con el régimen jurídico que se venía aplicando al dominio público. El art. 175 del *Code des marchés publics* se oponía a que las grandes infraestructuras pudieran ejecutarse usando instrumentalmente contratos de este tipo.

Originariamente, se había considerado que el *leasing* era contrario a las reglas de la demanialidad. La regulación clásica de las ocupaciones demaniales obstaculizaba el empleo de estas figuras, en la medida en que exigía dos cesiones sucesivas del título de ocupación: el ocupante debía, en un primer momento, transferir el derecho de ocupación al arrendatario, el cual, al final de contrato, lo devolvía al arrendador. El carácter personal de las autorizaciones de ocupación tradicionales no permitía estas operaciones jurídicas.

---

<sup>414</sup> GODFRIN, P. et DEGOFFE, M., *Droit Administratif des biens...*, op. cit., pp. 178-179, definen el contrato en los siguientes términos: «*Le crédit-bail est une institution bien connue du monde des affaires. Le mécanisme est simple: le crédit bailleur, propriétaire d'un immeuble (en général, il s'agit d'une société spécialisée appartenant à la catégorie des sociétés immobilières pour le commerce et l'industrie, S.I.C.O.M.), en concède l'usage professionnel à une entreprise, le crédit-preneur, moyennant un loyer, pour une durée convenue. À l'issue de la période de location trois possibilités s'offrent au crédit-preneur: soit acquérir l'immeuble au prix convenu au contrat qui tient compte des loyers versés; soit restituer l'usage au bailleur; soit encore, avec l'accord de ce dernier, s'engager pour une nouvelle période de location*».

En este sentido, se invocaba un *Rapport* de junio de 1986, en el que se formuló una advertencia general, sólo matizada con la recomendación de que el régimen de protección establecido para el dominio público dejara de utilizarse expansivamente y se redujera a las cosas que tradicionalmente habían sido objeto de dicho régimen especial

También en el Dictamen del Consejo de Estado de 30 de marzo de 1986, relativo al proyecto del TGV, Sud-Est, este órgano se pronunció de modo concreto sobre la financiación por *leasing* de determinadas obras de ferrocarril, pronunciándose claramente a favor de su incompatibilidad con el dominio público porque aquellas suponían aceptar que los bienes financiados entraran en el patrimonio de la entidad de crédito: «*Les infrastructures du TGV Sud-Est qui seront des biens immobiliers affectés à ce service public et aménagés spécialement à cette fin, feront ainsi partie du domaine public de l'État et ne pourront, par suite, faire l'objet, même de façon temporaire, de quelque appropriation privé que ce soit*».

A pesar de ello, el legislador sí había autorizado recurrir a él en ciertos casos. Así, pueden citarse, por ejemplo, el art. 87 de la Ley de 30 de diciembre de 1986 y el art. 10 de la Ley de 13 de julio de 1992, que permitían celebrar esta clase de contratos.

La introducción no fue fácil. Al principio, en lugar de una apertura directa se dio un rodeo<sup>415</sup>, consistente en establecer “sociedades pantalla”, las denominadas *Sociétés de Financement des Télécommunications (SFT)*, integradas especialmente por bancos nacionalizados junto a otros interesados en los que no existía participación estatal. Las cuatro SFT que se pusieron en funcionamiento fueron FINEXTEL, LODETEL, AGRITEL y CODETEL. Su régimen era prácticamente idéntico al de las sociedades de arrendamiento financiero e inmobiliario.

Esta solución es la que permite por primera vez, de un modo regulado, emplear el *leasing (crédit-bail)* para la financiación de infraestructuras o equipamientos públicos. El procedimiento de estas operaciones tenía el siguiente esquema: las SFT pagaban a los constructores e instaladores de las nuevas infraestructuras de telecomunicación. Éstas empezaban a ser inmediatamente utilizadas por la *Administration des Postes et Télécommunications*, y las SFT se iban resarcendo mediante los pagos regulares que acordaban con la Administración de las

---

<sup>415</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo IV, La actividad administrativa*, Iustel, Madrid, 2011, p. 324.

telecomunicaciones, en el marco de los contratos de arrendamiento financiero, *leasing* o *crédit-bail*.

La Administración podía así disponer inmediatamente de la infraestructura y, simultáneamente, aplazar el pago durante muchos ejercicios presupuestarios. Sin embargo, la grave contrapartida que ello suponía para el dominio público es que tuvo que aceptarse la quiebra de un elemento tan esencial como reconocer a las Entidades de Derecho privado la propiedad de bienes que estaban afectados a un uso y servicio público. La propiedad sólo se transfería, concluido el arrendamiento financiero a la Administración de las telecomunicaciones, cuando ésta ejercitase la opción de compra final que forma parte de aquella figura contractual.

Los autores<sup>416</sup> se centraron entonces en explicar cómo un bien destinado a un uso público puede ser de propiedad privada, hasta que, en virtud de la transferencia final, se integra en el dominio público. La idea de la desafectación pareció ser suficiente inicialmente, pero el éxito de las citadas operaciones financieras ocasionó que fueran empleadas en otros sectores como el de la energía y la distribución de calor (Ley de 15 de julio de 1989) o el de los ferrocarriles (Ley de 30 de diciembre de 1982). Se puso de manifiesto la necesidad de perfeccionar el régimen de tales aportaciones financieras privadas en el ámbito del dominio público.

La cuestión más complicada fue la de las garantías que debían ofrecerse necesariamente a cualquier inversor que se decidiera a participar en la financiación de infraestructuras de dominio público. La única garantía que se ofrecía en los supuestos de revocación o rescate de las autorizaciones de ocupación del dominio público antes del plazo por el que se concedieron era el derecho a indemnización; sin embargo, ésta era claramente insuficiente. En el tráfico privado quien financia una obra no pretende solamente que el solicitante puede seguir disfrutando del suelo sobre el que aquella se ejecuta, sino que también aspira a que la obra quede afectada a la devolución de la financiación solicitada<sup>417</sup>.

---

<sup>416</sup> LAVIALLE, C., «L'ouverture minoritaire du capital de France Télécom au secteur privé, le domaine public et la propriété privé» *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 6, 1996.

<sup>417</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo IV...*, op. cit., p. 325, «La tensión con el régimen jurídico tradicional del dominio público, basado en la idea de las propiedades administrativas sometidas a una protección especial, y estas demandas de garantía constituidas sobre el propio inmueble o infraestructura destinados a un uso o servicio público, llegaría a su grado máximo».

Una primera solución adoptada fue la configuración privada de los equipamientos realizados sobre bienes de dominio público, como créditos refaccionarios. Suponía reconocerles una preferencia de cobro, en relación con los demás acreedores y la posibilidad de realizarlo sobre el mismo bien que había sido objeto de financiación. El carácter privilegiado de estos créditos produce la subordinación automática de los demás.

La posibilidad de ejecutar un crédito sobre una instalación destinada a un uso, asumiendo otro sujeto privado, quien financia, su propiedad en pago de la deuda, es otra notabilísima complicación, difícil de compatibilizar con el régimen tradicional del dominio público. De acuerdo con estos principios, las ocupaciones demaniales son necesariamente temporales y se acuerdan entre la Administración y los particulares en las concesiones o acuerdos que sirven de título para aquella ocupación. Cuando esta relación se rompe y el tercero sustituye al primer ocupante, además del problema de si precisa o no una nueva habilitación administrativa, ha de considerarse que el nuevo titular de la infraestructura, destinada a un uso o servicio público, requiere tiempo para explotarla y resarcirse de la inversión.

Los nuevos planteamientos del legislador francés han permitido recuperar la figura del censo enfiteútico para aplicarla a la utilización privada de bienes afectados a un uso público, y nuevos contratos financieros como el *crédit-bail* o *leasing*. Acuciado por intentar atender a las necesidades de financiación de las obras públicas con recursos privados, y persuadido por la conveniencia de abrir parcialmente el mercado de los bienes demaniales, sin perjuicio de preservar su afectación o destino, el legislador continuó trabajando en una regulación que cambiara la rigidez anterior.

El proceso conduce a la elaboración de la Ley de 25 de julio de 1994, de cuya constitucionalidad conoció preventivamente el Consejo Constitucional. En su decisión de 21 de julio de 1994, el Consejo recuerda algunos principios básicos afectados por las reformas, como el de continuidad de los servicios públicos o el de protección de la propiedad. No obstante, tras advertir que el primero no admite fórmulas de gestión de las obras o infraestructuras que puedan afectar a las prestaciones que la Administración dispone a favor de los ciudadanos y que el segundo se refiere no sólo a la propiedad privada, sino también a la pública; no consideró que la reforma legislativa los vulnerara. Consecuentemente, entró en vigor la norma, cuyo art. 1 introduce varias modificaciones en el Código del Dominio Público.

Las reglas claves sobre las que se asienta la reforma pueden resumirse en las siguientes<sup>418</sup>:

1ª. El punto de partida es que el titular de una autorización de ocupación temporal del dominio público estatal tiene, salvo que el título establezca lo contrario, un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones de carácter mobiliario que realice en ejercicio de la actividad autorizada por dicho título. Durante toda la duración de la autorización, que no podrá exceder de setenta años, tendrá «*las prerrogativas y obligaciones del propietario*».

2ª. Los derechos, obras, construcciones e instalaciones pueden ser cedidos o transferidos *inter vivos*, bien mediante operaciones de transmisión directa, bien con ocasión de fusiones, absorciones o segregaciones de sociedades, también en supuestos de realización o ejecución de garantías constituidas sobre aquellos bienes y derechos. Los negocios jurídicos en los que tales operaciones se prevean han de ser objeto de autorización.

3ª. Los derechos, obras, construcciones e instalaciones sólo pueden ser hipotecados para garantizar los créditos contraídos por el titular de la autorización para financiar la realización, modificación o ampliación de las obras, construcciones o instalaciones de carácter inmobiliario situados sobre la dependencia demanial ocupada. Las hipotecas se extinguen con la expiración de los títulos de ocupación.

4ª. Al término de la ocupación, las obras e instalaciones que está previsto mantener, en el título de ocupación, se entregan libres de cargas y gravámenes a la Administración competente. Si la autorización de ocupación se revoca antes del término previsto, el titular de la misma será indemnizado en los términos que se haya dispuesto expresamente o, si no, de forma que se asegure su completo resarcimiento.

5ª. Todas estas previsiones permiten que también pueda usarse el *leasing* o *crédit-bail* para la ejecución de obras. El art. 34.7 del *Code du domaine public* lo admitió claramente, aunque manteniendo algunas exclusiones, respecto de las obras directamente destinadas a un uso o servicio público, y exigencias especiales para cuando organismos y establecimientos públicos participaran en las entidades de financiación y mantienen en ellas posiciones dominantes.

---

<sup>418</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo IV..., *op. cit.*, p. 328.

La nueva regulación fue completada con dos Decretos, de 6 de mayo de 1995 y de 2 de diciembre de 1996, que concretaron los organismos habilitados para emitir títulos de ocupación temporal, los requisitos de los solicitantes y los extremos que habían de figurar en los contratos.

Finalmente, debe precisarse que el CGPPP modificó el art. L. 1311-3 del CGCT previendo, de manera general, que las construcciones realizadas en el marco de censos enfiteúticos administrativos puedan ser objeto de *leasing*. La celebración de un contrato de *leasing* tiene como condición y resultado que los bienes no pertenezcan al dominio público puesto que son propiedad del arrendatario y no de una Administración pública. En consecuencia, si los bienes son *ab initio* propiedad de la Entidad local, el *leasing* no será posible, puesto que las obras son inalienables. Si los bienes pertenecen al ocupante privativo, es concebible que la propiedad sea atribuida al establecimiento financiero, pero subsiste el obstáculo del carácter personal de la autorización. El establecimiento financiero propietario debe ser autorizado como toda empresa encargada de explotar la obra.

#### **4.4.6. La privatización**

Otro de los instrumentos utilizados para facilitar la valorización de los bienes ha sido la tendencia privatizadora que ha caracterizado a Francia en los últimos años. Aunque este mecanismo no deja de plantear riesgos, sí ha sido empleado con la finalidad de aumentar los recursos y mejorar la gestión, lo que no quiere decir que siempre estos objetivos hayan sido cumplidos.

La restricción del concepto de bien de dominio público es una de las formas de flexibilizar la gestión de los bienes públicos y justificar el régimen especial de protección, en el mayor grado de vinculación de estos bienes con la consecución del interés general, plasmado en su afectación a un uso a un servicio público<sup>419</sup>.

Conforme a dicha tendencia, la naturaleza de los prestadores de los servicios públicos, que previamente tenían la consideración de personas públicas, cambia, pasando a ser empresas privadas, sociedades o incluso empresas públicas, pero sin el carácter de persona pública recogido en el CGPPP. Entre los casos de privatización más

---

<sup>419</sup> DE GUERRERO MANSO, M.C., «El derecho de propiedad de las personas públicas en Francia y su relación con el medio ambiente y el urbanismo», LÓPEZ RAMÓN, F. y ESCARTÍN ESCUDÉ, V. (coords.), *Bienes públicos, urbanismo y medio ambiente...*, op. cit., pp. 138 y ss.

conocidos en Francia, pueden destacarse los supuestos de *France Télécom*<sup>420</sup>, *Électricité de France (EDF)*, *Gaz de France (GDF)*, *La Poste* o *Aéroports de Paris (ADP)*. En estos casos los tribunales establecieron que la privatización de lo que anteriormente eran empresas públicas podía conllevar la cesión de los bienes necesarios para ejercer su actividad privada, que está relacionada con la prestación de un servicio público. Desde el momento de la cesión, esos bienes pasan a ser regidos por el Derecho privado, ya que al no ser su titular una Administración, no podrán mantener su carácter de bienes demaniales<sup>421</sup>.

## 5. DIFERENTES POSTURAS SOBRE LA VALORIZACIÓN FRANCESA

Es evidente que la situación descrita en Francia se caracteriza por la transformación del dominio público en un espacio que se rige, al menos en parte, por el mercado. Hay numerosas reglas del mercado que ocasionan una alteración de los objetivos a los cuales respondía en sus orígenes la creación de este régimen. Hemos de cuestionarnos entonces: ¿esta evolución es positiva o no? ¿Debe haber una respuesta del Derecho ante estos cambios o se considera simplemente que el Derecho administrativo sabe adaptarse a las nuevas condiciones económicas y demandas, por parte de la sociedad? ¿Esta corriente debe ser condenada o bien admitida como un avance jurídico considerable?

Sobre el fenómeno de la valorización, hay diferentes opiniones doctrinales que deben ser destacadas porque aportan una visión importante de las ventajas e inconvenientes que comporta esta práctica.

Por un lado, existe una clara corriente favorable a esta tendencia que resalta todas sus virtudes. Para estos autores, la valorización no contradice la afectación a una utilidad pública, sino que, por el contrario, la completa, permitiendo la obtención de beneficios. En consecuencia, debe ser recibida favorablemente y defendida, puesto que

---

<sup>420</sup> La Ley de 2 de julio de 1990 relativa a la organización del servicio público de correo y de telecomunicaciones creó dos personas públicas morales de Derecho público, *France Télécom* y *La Poste*, con la facultad de explotación pública. Posteriormente, la Ley de 26 de julio relativa a la empresa nacional *France Télécom*, transformó la misma en Sociedad Anónima, siendo el Estado accionista mayoritario. Los bienes demaniales que eran explotados fueron desafectados y, a título gratuito, transferidos de pleno derecho a *France Télécom*, S.A. Así, los bienes demaniales pasaban a ser de Derecho privado, después del *déclassement*. Todo ello fue realizado para afrontar mejor la competencia de otras empresas internacionales.

<sup>421</sup> DE GUERRERO MANSO, M.C., «El derecho de propiedad de las personas públicas en Francia y su relación con el medio ambiente y el urbanismo», LÓPEZ RAMÓN, F. y ESCARTÍN ESCUDÉ, V. (coords.), *Bienes públicos, urbanismo y medio ambiente...*, op. cit., p. 139.



reemplaza la regulación jurídica existente con anterioridad que se encontraba desfasada, dispersa e inteligible.

Así, entre otros, podemos citar a GAUDEMET<sup>422</sup>, quien considera que sostener que el derecho de propiedad de las personas públicas es sustancialmente de la misma naturaleza que el de los sujetos privados, afirmación sobre la cual está construido el CGPPP, es fundamental para la corriente de valorización. Esta valorización debe ser acogida favorablemente ya que aporta flexibilidad y no descuida la afectación. Cuando la afectación está presente corrige y limita el derecho de propiedad pleno para que no puedan existir amenazas. En esta misma línea, YOLKA<sup>423</sup> sostiene que la valorización logra reencontrar el significado original del principio de inalienabilidad, que existe por y para la afectación.

También en este sentido GAUTHIER<sup>424</sup> explica que la valorización, lejos de ser anormal se inscribe en la lógica del Derecho de la Unión Europea<sup>425</sup>, a pesar de que somete a las Administraciones a incertidumbres jurídicas. MORAND-DEVILLER<sup>426</sup>, se refiere a ella como un imperativo indiscutible. Por último, GODFRIN y DEGOFFE<sup>427</sup>, indican que los diferentes instrumentos, como el fuerte aumento de las tasas, con el objetivo de valorizar es un recurso necesario y positivo.

---

<sup>422</sup> Véase GAUDEMET, Y., Préface, YOLKA, P. (dir.), *Code Général de la Propriété des Personnes Publiques...*, *op. cit.*

<sup>423</sup> Puede consultarse, YOLKA, P., *La propriété publique...*, *op. cit.*, pp. 388 y 389, y *Code Général de la Propriété des Personnes Publiques...*, *op. cit.*

<sup>424</sup> GAUTHIER, A., «La valorisation des propriétés publiques», *Actualité Juridique en Droit Administratif*, núm. 18, 2012, p. 990, «*Le vaste mouvement de valorisation des propriétés publiques se confronte au droit de la commande publique et, plus généralement, au droit de la concurrence. Une telle «confrontation» est loin d'être anormale et s'inscrit plus généralement dans la logique du droit de l'Union européenne. Toutefois, elle implique des contraintes assez fortes pour les collectivités publiques et les soumet à des nombreuses incertitudes juridiques alors que leur «action patrimoniale» constitué désormais un élément majeur de leur politique économique et de leur gestion.*».

<sup>425</sup> También GAUTHIER, C., «Les incidences du Droit de l'Union Européenne...», *op. cit.*, pp. 388 y 420, señala que el Derecho de la Unión Europea y el Derecho francés de las propiedades públicas no son extraños entre sí. Al contrario, el impacto del primero sobre el segundo, a pesar no de haberse tenido en cuenta suficientemente por los redactores del CGPPP, es significativo. En efecto, es posible constatar que el Derecho comunitario va a poner en cuestionamiento, desestabilizar, el Derecho de las propiedades públicas, debido a que las reglamentaciones y la jurisprudencia europea quieren reducir las prerrogativas y los privilegios de los cuales se benefician las Administraciones públicas.

<sup>426</sup> MORAND-DEVILLER, J., «La valorisation économique du patrimoine public», *Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, Paris, 1996, p. 273.

<sup>427</sup> GODFRIN, P. et DEGOFFE, M., *Droit Administratif des biens...*, *op. cit.*, p. 132.

Contrariamente, hay quienes argumentan que no todo son beneficios. Para MAMONTOFF<sup>428</sup>, es cierto que el dominio público ha incorporado mecanismos del mercado, pero al fin de cuentas la Ley o la economía de mercado no son la panacea, el remedio milagro o la solución a un sistema caracterizado por su inaptitud. La realidad que no es nueva, pues toda la historia de la demanialidad se puede resumir en la dificultad de excluir ciertos bienes del comercio ordinario, de la atracción de la patrimonialidad del mercado, aporta utilidades, pero también serios peligros. No puede olvidarse que todo el régimen de la demanialidad pública está condicionado por el objetivo de protección de la afectación. La afectación debe estar salvaguardada y es por ello que existen reglas demaniales. Es justamente la necesidad de preservar la afectación la que ocasiona que el dominio público haya sido sustraído de las reglas de la propiedad privada, del comercio, del mercado.

Por tanto, existen serios peligros cuando el dominio público, que debe garantizar la permanencia de la afectación, sufre las influencias de los imperativos económicos. Desde que el mercado se infiltra en el espacio demanial y en su régimen jurídico, esta protección queda alterada.

La cuestión no es sencilla ya que buscar un equilibrio entre la valorización y la protección de los bienes no deja de plantear dificultades y peligros. El hecho de abusar tanto en un sentido como en otro puede ocasionar perjuicios irreparables. Lo que sí debe tenerse en cuenta es que la afectación deberá ser la guía y que sin alterar las categorías jurídicas de nuestro ordenamiento, habrá ciertos instrumentos que podrán ser convenientemente utilizados. No se trata de considerar a las Administraciones como propietarias particulares, pero sí permitirles rentabilizar sus bienes, para lo cual algunas iniciativas adoptadas por el Derecho francés son buenos referentes. Respetando los principios inspiradores de nuestro ordenamiento, pueden acogerse técnicas que mejoren la gestión, sin poner en peligro ni descuidar la misión de interés general que cada bien está llamado a cumplir.

La colaboración del sector privado en sus justos términos, con el consecuente aumento de sus garantías para atraer la inversión, puede ser una forma de que las Administraciones obtengan financiación sin tener que disponer ni emplear grandes cantidades de dinero.

---

<sup>428</sup> MAMONTOFF, C., *Domaine public et entreprises privées...*, op. cit., p. 384.

## II. LA REGULACIÓN JURÍDICA ITALIANA

### 1. NOCIONES GENERALES

El principio en virtud del cual el destino público de un bien es incompatible con su aprovechamiento económico ha sido modificado recientemente debido al desarrollo de una política de valorización, por parte del legislador italiano<sup>429</sup>, sobre la base de la posible convivencia de las dos finalidades enunciadas<sup>430</sup>. Hace tiempo que se ha puesto en evidencia que la tradicional concepción de la obligatoria improductividad del demanio era una mera convención jurídica<sup>431</sup> y que debían introducirse modificaciones al respecto que cambiaran esta realidad.

En efecto, a pesar del escaso interés mostrado inicialmente, en los últimos años el legislador ha prestado más atención a la materia, iniciando un proceso de transformación y modernización que comporta varias consecuencias<sup>432</sup>. Se hizo patente la necesidad de contar con un marco jurídico patrimonial más acorde con los tiempos actuales<sup>433</sup>, capaz de definir directrices sobre la gestión y la eventual liquidación de los bienes sobrantes para las funciones públicas; así como de conjugar los aspectos del régimen jurídico y contable, con los perfiles económicos y financieros conexos a la propiedad pública. La inadecuación de la normativa tradicional fue destacada por la

---

<sup>429</sup> Como podrá observarse, el legislador no siempre ha estado de acuerdo con esta corriente. Los cambios de titularidad operados en el Gobierno demuestran que en función del momento político en el que nos encontremos las decisiones planteadas pretenderán una mayor conservación o explotación de los bienes públicos. Esto es así porque las normas jurídicas en materia de bienes públicos son reflejo de la dialéctica ética y política entre propiedad privada y propiedad pública.

<sup>430</sup> FERRARI G. e GAROFOLI, R., *Manuale di Diritto Amministrativo*, Nel Diritto Editore, Roma, 2012, pp. 504-505, «*Il legislatore, sul presupposto della possibile convivenza delle due destinazioni sopra enunciate, ha elaborato, previa puntuale ricognizione della consistenza del patrimonio immobiliare pubblico, alcune specifiche politiche di valorizzazione*».

<sup>431</sup> PALMA, G., *Il regime giuridico della proprietà pubblica*, Utet, Torino, 1999, p. 78, y ya anteriormente PELLOUX, R., *La notion de la domanialité depuis la fin de l'ancien droit*, Dalloz, Grenoble, 1932, p. 152.

<sup>432</sup> SÁNCHEZ-MESA MARTÍNEZ, L.J., «El tratamiento de los bienes públicos en el Derecho comparado: el modelo italiano», PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.), *Derecho de los bienes públicos, vol. IV. Protección y tráfico jurídico...*, op. cit., p. 591, se refiere a las mismas señalando los recientes cambios económicos, sociales y políticos; la insoslayable crisis del sistema financiero y el consiguiente impulso de las políticas de valorización y privatización de bienes públicos; los procesos de reforma administrativa experimentados por el Estado italiano...

<sup>433</sup> DEGNI, M., *La decisione di bilancio nel sistema maggioritario*, Ediesse, Roma, 2004, p. 77. Hoy muchas cosas han cambiado. En particular, se señalan, entre otras, como causas, las crecientes dificultades experimentadas por las cuentas públicas y las reglas europeas impuestas a los Estados miembros del Pacto de estabilidad y crecimiento, que han impuesto a los Estados la obligación de adoptar políticas de control del débito público.

doctrina, que, por múltiples y diversos argumentos, había desarrollado una amplia crítica en torno a un argumento común constituido por la sustracción de los bienes públicos del régimen ordinario de circulación.

En este contexto, no puede olvidarse que la natural vocación de los bienes demaniales a la satisfacción de las necesidades de la comunidad ocasiona un delicado problema en orden a su administración o gestión, ya que es primordial la existencia de garantías que permitan cumplir con este objetivo, y no sean pasadas por alto. Sin embargo, el ordenamiento requiere cada vez más una gestión económica del patrimonio público, siguiendo la estela de la *exploitation* francesa<sup>434</sup>, por lo que habrá que compaginar esta última con las funciones tradicionales de interés público a las que están afectos los bienes.

Como manifestaciones de esta corriente de rentabilización que pretende unir ambos propósitos, podemos encontrar, en primer lugar, el incremento de un proceso de privatización formal, entendido como el traspaso de los bienes públicos a los sujetos privados, pero sin que ello suponga un cambio en el régimen jurídico. Por otra parte, la conversión en el año 2003 de la *Agenzia del demanio* en ente público económico<sup>435</sup>, así como la constitución durante ese mismo año de la sociedad *Patrimonio dello Stato, S.p.A.*, e *Infrastrutture, S.p.A.*, con la finalidad de valorizar los bienes que se le encomendaran.

También debe citarse la utilización de la *Società di Trasformazione Urbana (STU)*, como instrumento para optimizar la gestión de los bienes inmuebles del Estado<sup>436</sup>.

En definitiva, las Administraciones han ido experimentando fórmulas de organización y valorización de los bienes públicos, aparentemente coherentes con las

---

<sup>434</sup> TERRACCIANO, G., *Il demanio quale strumento di finanza pubblica. Profili finanziari e tributari*, Giappichelli Editore, Torino, 2000, p. 14.

<sup>435</sup> A la *Agenzia del demanio* se le atribuye, en virtud del art. 65.1 del Decreto-legislativo, de 30 de julio de 1999: «*l'amministrazione dei beni immobili dello Stato, con il compito di razionalizzarne e valorizzarne l'impiego, di sviluppare il sistema informativo sui beni del demanio e del patrimonio, utilizzando in ogni caso, nella valutazione dei beni a fini conoscitivi ed operativi, criteri di mercato, di gestire con criteri imprenditoriali i programmi di vendita, di provvista, anche mediante l'acquisizione sul mercato, di utilizzo e di manutenzione ordinaria e straordinaria di tali immobili*».

<sup>436</sup> *La STU partecipano al programma di valorizzazione, trasformazione, commercializzazione e gestione del patrimonio immobiliare dello Stato che ricade nel loro ambito territoriale, e possono diventare concessionarie anche di beni demaniali individuati dall'Agenzia del demanio specifici progetti di sviluppo e valorizzazione, da realizzarsi anche a mezzo di strutture private.*

necesidades económicas y de obtención de recursos, pero con la prudencia necesaria de garantizar siempre la conservación del patrimonio y asegurar la productividad del mismo<sup>437</sup>. Con todo ello, puede decirse que los instrumentos instaurados para esta finalidad de explotación presentan dos características fundamentales: la introducción de la lógica económica y de mercado<sup>438</sup> en la gestión de los bienes públicos, y, como una de las principales técnicas empleadas en la cesión de dicha actividad de gestión a sujetos privados.

Se observa así la implantación paulatina de una corriente de “*valorizzazione dei beni*” en Italia, que intenta realizar una reconstrucción completa del régimen jurídico de los bienes públicos. Se define como el proceso de cambio hacia una conciencia jurídica más coherente con el valor político, económico y financiero de los bienes demaniales y con las nuevas formas e instrumentos de utilización, dirigidos a la satisfacción de los intereses de la colectividad, principalmente a través del reconocimiento y de la delimitación de la demanialidad<sup>439</sup>. Esto último es muy importante ya que los bienes son principalmente considerados como un medio para el disfrute de la comunidad.

Para ser entendida precisa previamente destacar las notas más importantes del régimen jurídico de los bienes públicos en dicho Estado, para comprender cómo ha ido evolucionando el mismo en los últimos años y en qué contexto jurídico se enmarca este nuevo fenómeno.

## **2. DEFINICIÓN Y REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS BIENES PÚBLICOS ITALIANOS**

Para comenzar, debe señalarse que en el ordenamiento jurídico italiano, el dominio público ha sido tradicionalmente definido como el conjunto de bienes que cumplen dos requisitos: 1) pertenecer a las personas jurídicas públicas<sup>440</sup> (requisito

---

<sup>437</sup> ROTA, A., *I beni demaniali dopo le riforme. Proprietà del bene e titolarità della funzione*, Cedam, Padova, 2007, p. 124, resalta que la cualidad demanial de un bien y el destino público de este último no son incompatibles con la utilización económica. La Administración puede y debe seguir una gestión económica de los bienes demaniales en todos los casos en que no impida ni perjudique la persecución de los intereses públicos específicos a los cuales el bien está destinado.

<sup>438</sup> FERRARI ZUMBINI, A., «Valorizzazione, dismissioni e contabilità», POLICE, A., *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione, Atti del Convegno di Studi Ville Tuscolane, 16-18 novembre, 2006*, Giuffré, Milano, 2008, pp. 638-639

<sup>439</sup> TERRACCIANO, G., *Il demanio quale strumento di finanza pubblica...*, *op. cit.*, p. 44.

<sup>440</sup> Sobre esta cuestión, debe señalarse que tradicionalmente la característica subjetiva del demanio era la necesaria pertenencia de los bienes al Estado o a los Entes territoriales. Sin embargo, se produjo un cambio con la sociedad “*Patrimonio dello Stato, S.p.a.*”. PELINO, S. e EVARISTO, S., «Gestione e

subjetivo) y 2) estar destinados funcionalmente, de forma mediata o inmediata, al cumplimiento de necesidades e intereses públicos (requisito objetivo)<sup>441</sup>.

La regulación jurídica de estos bienes la encontramos, en primer lugar, en la Constitución italiana, norma suprema del ordenamiento jurídico<sup>442</sup>, cuyo art. 42, ubicado en la Parte Primera, que lleva por rúbrica «*Diritti e doveri dei cittadini*», Título segundo «*Rapporti economico*», sostiene que: «*la proprietà è pubblica o privata*<sup>443</sup>» y que «*i beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati*», y ya establece una diferencia<sup>444</sup> entre el régimen jurídico de los bienes privados y el de los bienes públicos<sup>445</sup>. Dado que la Constitución reconoce la existencia de una propiedad pública y una privada, el legislador podría haber regulado sus contenidos de igual forma para

---

valorizzazione del patrimonio pubblico», *Rivista della Corte dei Conti*, núm. 4, 2006, p. 256, explica que: «*Tale caratteristica è apparsa recessiva con la istituzione di un'apposita società per azioni, denominata "Patrimonio dello Stato, s.p.a.", alla quale, al fine di valorizzare e gestire i beni pubblici, possono essere trasferiti diritti pieni o parziali sui beni immobili facenti parte del patrimonio indisponibile dello Stato, sui beni immobili facenti parte del demanio dello Stato e comunque sugli altri beni compresi nel conto generale del patrimonio dello Stato...ovvero ogni altro diritto costituito a favore dello Stato*». Sin embargo, para preservar el régimen de la demanialidad, a pesar de ostentar la titularidad un sujeto formalmente de Derecho privado, se ha establecido una norma de protección, en virtud de la cual «*il trasferimento in capo allo società non modifica il regime giuridico, previsto dagli artt. 823 e 829, co. 1° C.c. dei beni demaniali trasferiti*».

<sup>441</sup> Entre los estudios más destacados en la materia deben citarse los siguientes: SANDULLI, A.M., «Beni pubblici», in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1958; GIANNINI, M.S., *I beni pubblici*, Mario Bulzoni, Roma 1963; CASSESE, S., *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, Giuffrè, 1969; CAPUTI JAMBRENGHI, V., *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, Juvene, Napoli, 1979; CERTULLI IRELLI, V., *Proprietà pubblica e diritto collettivi*, Cedam, Padova, 1983; y RENNA, M., *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Giuffrè, Milano, 2004.

<sup>442</sup> GIANNINI, M.S., «Basi costituzionali della proprietà privata», in *Politica del Diritto*, 1971, pp. 443 y ss., indica que el art. 42 de la Constitución debe identificarse con la base constitucional mínima de la propiedad de los bienes públicos.

<sup>443</sup> SORACE, D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 201, afirma que este art. 42 no quiere decir que existe posibilidad de que los bienes pertenezcan a sujetos públicos o privados, puesto que esto lo precisa a continuación el propio art. 42, sino que supone que la propiedad puede ser estar constituida por los poderes a disposición de los privados, pero también por los poderes públicos.

<sup>444</sup> SANDULLI, A.M., «Beni pubblici»..., *op. cit.*, p. 277, destaca la importancia de la clasificación y la necesidad de delimitar la categoría de los bienes públicos, tomando como base una rigurosa precisión conceptual, si bien debiendo resolver, previamente, si la individualización ha de responder a criterios objetivos o subjetivos, dado que existen muchos casos en los que la realización de la finalidad pública se consigue no a través de medios públicos, sino directamente a través de medios pertenecientes a sujetos privados.

<sup>445</sup> POLICE, A., «I beni di proprietà pubblica», GAETANO COCA, F. (coord.), *Diritto Amministrativo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2000, p. 621, señala que mientras los sujetos privados pueden disfrutar y disponer libremente de los bienes de los que son titulares, dentro de los límites impuestos por el ordenamiento, según el principio de la autonomía privada, las organizaciones públicas son titulares de los bienes con la finalidad de que éstos sean utilizados para la consecución de los fines utilidades fijados por la ley, según el principio de la funcionalización de la actividad administrativa y del vínculo instrumental de los recursos relacionados con él.

ambas. Sin embargo, por distintas causas (como las diversas situaciones objetivas abarcables bajo el título pertenencia pública o los múltiples sujetos públicos titulares de los bienes y sus respectivas esferas) este objetivo ha sido muy difícil de conseguir<sup>446</sup>.

Así, por ejemplo, ya sobre su naturaleza jurídica se encuentran diferencias, pues las disposiciones reguladoras de la propiedad privada la configuran como un derecho, mientras que las reguladoras de la propiedad pública, como un deber, puesto que en este último caso las normas se caracterizan por imponer exigencias, objetivos y disciplinas, con la finalidad de preservar la función instrumental que tienen encomendada los bienes públicos y que convierten al sujeto propietario en centro de imputaciones jurídicas caracterizadas por la obligatoriedad (*doverosità*).

Asimismo, el C.c. italiano contiene una serie de normas que constituyen las reglas generales y ordinarias en la materia<sup>447</sup>, y que también pretenden satisfacer esas finalidades de interés general. En concreto, dentro del Libro tercero «*Della proprietà*», la disciplina de los bienes públicos, de la cual deriva todo el régimen jurídico de la propiedad pública, está contenida en el Capítulo segundo del Título I, que lleva por rúbrica «*Dei beni appartenenti allo Stato, agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici*» y comprende los arts. 822 a 831.

## 2.1. CLASES DE BIENES

Estos bienes públicos son clasificados por el C.c. en dos grandes grupos: los bienes demaniales (arts. 822, 823, 824 y 825) y los bienes patrimoniales<sup>448</sup>. Y a su vez

---

<sup>446</sup> SÁNCHEZ-MESA MARTÍNEZ, L.J., «El tratamiento de los bienes públicos...», *op. cit.*, p. 595.

<sup>447</sup> AVANZI, S., *Il nuovo demanio*, Cedam, Padova, 2000, p. 4, señala que se comprende que la categoría de los bienes demaniales, los cuales son regulados por el C.c. en el Libro de la propiedad, constituyen por efecto del especial régimen al cual están sujetos, una excepción a las reglas de la propiedad misma. «*Ciò premesso, si comprende come la categoria dei beni in questione, dei quali il codice civile tratta nel libro della proprietà stessa, tanto da richiedere l'esatta individuazione ex lege e mediante elencazione nominativa dei singoli beni che la compongono. E si comprende anche che l'elencazione non può che essere tassativa perché soltanto a questa condizione essa diventa criterio distintivo fra pubblico e privato, onde sono da considerarsi privati, per esclusione, tutti i beni che non sono espressamente indicati come demaniali*».

<sup>448</sup> CASSESSE, S., *Corso di Diritto Amministrativo. Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 239-240, defiende que aunque todavía es utilizada la distinción entre bienes demaniales y patrimoniales, y las normas más recientes hagan referencia a la misma, su valor es incierto por, al menos, cuatro motivos: Primero: no está fundada en un criterio seguro; segundo: tanto para los bienes demaniales como para los patrimoniales, las normas se inspiran en criterios comunes, estableciendo límites a la circulación de los bienes, pero al mismo tiempo delimitando el alcance mediante una enumeración taxativa; tercero: desde hace varios años la jurisprudencia ha extendido a los bienes patrimoniales indisponibles la autotutela, prevista en el C.c. para los bienes demaniales; cuarto: mientras las disposiciones del C.c. establecen la inalienabilidad de los bienes demaniales, las normas más recientes

cada una de estas dos clases se divide en otros dos subgrupos: bienes demaniales necesarios o accidentales (*beni demaniali necessarie e accidentale*) y bienes patrimoniales disponibles o indisponibles (*beni patrimoniali disponibili e indisponibili*). No obstante, debe señalarse que existe una tendencia a la asimilación de los bienes patrimoniales indisponibles y los bienes demaniales, desarrollándose una especie de “patrimonialización” de los estos últimos<sup>449</sup>. La mayoría de los autores sostienen que esta clasificación resulta obsoleta, superada y poco clara, y proponen como alternativa una categoría unitaria de bienes públicos<sup>450</sup>.

En cuanto al primer grupo, el de los bienes demaniales, debe tenerse en cuenta que el C.c. no proporciona una definición de ellos<sup>451</sup>, sino que se limita a atribuir su

---

la prevén expresamente. Por este motivo, y constatada la pérdida de importancia de la tradicional clasificación entre bienes demaniales y patrimoniales, «*alcuni studiosi hanno tentato d'individuare questo tentativo è soddisfacente, prima di tutto perchè un vincolo di questo tipo non costituisce una caratteristica esclusiva dei beni appartenenti ai pubblici poteri o agli enti pubblici*».

<sup>449</sup> RENNA, M., *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione...*, *op. cit.*, p. 99, precisa que era previsible que progresivamente, a corto o a largo plazo, se apreciara la exigencia de comercializar con los bienes demaniales y patrimoniales indisponibles o, al menos, de realizar con ellos una gestión económica rentable. Explica el autor que era impensable que todos los bienes públicos continuarán aislados del mercado y de cualquier forma de utilización económica o valorización. También en este sentido deben destacarse las palabras de LOLLI, A., *Proprietà e potere nella gestione dei beni di interesse pubblici*, in *Diritto amm.* Bologna, 1996, p. 57, quien sostiene que en el mundo de hoy la valorización económica afecta a los intercambios de los bienes. El contexto jurídico-económico es diverso de aquel en el cual nació la propiedad. No sólo la importancia del instituto de la propiedad cambió, sino que la propia noción fue modificada.

<sup>450</sup> TERRACCIANO, G., *Il demanio quale strumento di finanza...*, *op. cit.*, p. 72, «*Già si è sufficientemente evidenziato come la classificazione dei beni pubblici operata con il codice civile risulta essere, per la generalità degli Autori che si sono espressi in materia, inattuale, superata, soprattutto alla luce della Carta costituzionale, e, quantomeno, di difficile razionalizzazione, data la poca chiarezza dei criteri sistematici usati*».

<sup>451</sup> RESTA, R., «*Dei beni appartenenti allo Stato, agli Enti pubblici e agli Enti ecclesiastici*», in *Commentario del Codice Civile, Libro Terzo*, BRANCA, G.e SCIALOJA, A. (coords.), Nicola Zanichelli Editore, Soc. Ed. del Foro italiano, Bologna e Roma, 1976, pp. 73 y ss., aclara que la definición de la demanialidad ha constituido uno de los problemas cruciales de la teoría de los derechos reales públicos.

1. La teoría más antigua justificaba el contenido de la demanialidad de los bienes en su destino al desarrollo de los servicios públicos, pero era demasiado amplia para dar una definición precisa del demanio.
2. A ella le sucedió una teoría excesivamente restringida, que sostenía que eran demaniales aquellos bienes destinados a un uso público.
3. Una tercera teoría fundamentaba la demanialidad en el destino del bien a un fin público; convirtiéndose ese bien en objeto de la actividad administrativa. El problema es que aunque era en cierta parte verdadera, no lograba clasificar claramente los bienes en demaniales o patrimoniales, debido a la dificultad de establecer si los mismos eran objeto o medio para conseguir un concreto fin público.



propiedad al Estado y a los Entes territoriales, pero sí señala algunas de sus características más relevantes como la inalienabilidad (*inalienabilità*)<sup>452</sup>, la

- 
4. Para una cuarta teoría, la característica común a los bienes demaniales es su destino a una función administrativa. No obstante, explica RESTA que si bien es cierta, no contiene elementos suficientes para distinguir los bienes demaniales de los patrimoniales indisponibles.
  5. Una quinta teoría identificaba como elemento propio de la demanialidad el cumplimiento por parte del bien de una función al Ente al que pertenece. A pesar de destacar que el criterio de la necesidad, es parcialmente cierto, pero no explica por qué algunas funciones públicas pueden ser ejercidas por bienes públicos y otras, por bienes privados.
  6. Posteriormente, una nueva teoría negaba la posibilidad de formular un criterio general que otorgara una definición y permitiera consecuentemente la identificación de los bienes demaniales, alegando, además, que la demanialidad derivaba exclusivamente del Derecho positivo y que debía, para ello, acudirse a los intérpretes y no a los principios generales. En otros términos, esta corriente negaba la categoría del dominio público y, por ese motivo, no podía seguirse.

No pudiendo aceptarse ninguna de estas teorías, explica el autor que la definición de la demanialidad puede encontrarse en el dato de la vinculación del bien al necesario cumplimiento de un fin público. La demanialidad confirma esta regla en virtud de la cual la función instrumental respecto a los intereses públicos caracteriza a todo el Derecho público. Sin embargo, no basta que un bien esté destinado a satisfacer un interés público para tener naturaleza demanial, pero sí sucede que el bien no puede tener otro destino ni el interés público ser satisfecho si no es con ese bien: es una relación de necesidad final lo que caracteriza a la demanialidad.

<sup>452</sup> El C.c. se refiere en su art. 823 «*Condizione giuridica del demanio pubblico*», a la “*inalienabilità*” afirmando que «*i beni che fanno parte del demanio pubblico sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge che li riguardano*» y a la “*incommerciabilità*”, como aquella regla en virtud de la cual los bienes demaniales son sustraídos a la alienabilidad, es decir, al tráfico jurídico privado, pero sin que exista impedimento para que puedan ser transmitidos siguiendo los requisitos del Derecho público. Esta inalienabilidad comporta no sólo la prohibición de traspaso de propiedad, sino también la prohibición de constituir derechos reales sobre los bienes. Esto quiere decir que los bienes demaniales no pueden en ningún caso ser cedidos a terceros y que constituyendo la inalienabilidad una cualidad inherente a la cosa, cualquier acto que viole este principio será radicalmente nulo por falta de objeto idóneo. Precisa AVANZI, S., *Il nuovo demanio...*, op. cit., p. 8, que la inalienabilidad de estos bienes, así como la prohibición de constitución sobre los mismos de derechos reales a favor de terceros, distintos de los permitidos por la Ley, constituyen la tutela preventiva. La inalienabilidad es sin duda la mayor garantía de la tutela del dominio público, ya que estrechamente relacionada con los intereses del ordenamiento jurídico, pretende que los bienes sean conservados por los entes a los que pertenecen y mantenidos para el cumplimiento de su destino. Es la característica esencial de su régimen porque atribuyéndoles a los bienes el carácter de *res extra commercium* se privan de efectos o vuelven inadmisibles de raíz las instituciones que regulan la propiedad y la posesión de aquellos negocios transferibles, como la usucapión, la ejecución forzosa, la constitución de garantía hipotecaria y la expropiación por razones de interés público. Además, la inalienabilidad enuncia dos importantes reglas, en el art. 823 C.c. La primera es una prohibición de carácter general en cuanto establece que los bienes demaniales no pueden ser objeto de derechos a favor de terceros; confirmado así de modo implícito la prioridad del destino al uso general; la segunda, abriendo el camino a las formas diversas de utilización, parece derogar lo que establece la primera, pero está claro que su concreta actuación no contradice las razones de la demanialidad porque presupone el fin de la satisfacción de un interés general correspondiente a la cualidad intrínseca del bien en el marco de las previsiones de la norma especial. Además, debe señalarse que la atribución de esta característica a los bienes lleva aparejada cierto límite: la *ratio* de la demanialidad no excluye la posibilidad de la transferencia del bien de un ente a otro, siempre que no se modifique su condición de demanial ni se perjudique su necesaria pertenencia a un ente público.

inembargabilidad (*inespropriabilità*)<sup>453</sup>, la imprescriptibilidad (*imprescrittibilità o inusucapibilità*)<sup>454</sup>, la no imponibilidad tributaria (*non imponibilità tributaria*)<sup>455</sup> y la consecuente prohibición para los sujetos privados de ser titulares de un derecho de propiedad sobre los mismos (sólo cabe su utilización mediante un título conferido por la Administración, autorización o concesión)<sup>456</sup>. Son estas características las que parecen comportar la imposibilidad de un proceso de valorización, que sólo podría tener lugar cuando se negaran las funciones que están llamados a cumplir los bienes demaniales, es decir, sólo cabría valorizar cuando éstos fueran objeto de derechos a favor de terceros o se enajenaran, previa desafectación. No obstante, no debe ser así ya que el postulado para la rentabilización no puede ser la necesidad de desaparición de la función pública de los bienes, sino que han de buscarse soluciones que respetando este destino aporten mejoras en la explotación. No es posible cuestionar que la función insuprimible de los bienes demaniales es la de satisfacer las necesidades de la colectividad, ya sea de modo directo o indirecto. Asimismo, debe precisarse que cuando los bienes típicamente de uso público deban ser utilizados a precio cero no se podrán rentabilizar.

Pasando a su clasificación, debe señalarse que estos bienes demaniales son necesarios cuando por su cualidad intrínseca son sustraídos, con carácter absoluto, de la

---

<sup>453</sup> Los bienes demaniales no son susceptibles de ejecución forzosa, de derechos reales de garantía (art. 2810 n.1 C.c.) ni de expropiación por utilidad pública. La autoridad judicial o administrativa no puede jamás sustraer de su función y competencia lo que el legislador acuerda preservar de modo indisoluble. Así lo indica el art. 2810 cuando sostiene: *«I beni demaniali non sono suscettibili di esecuzione forzata, di diritti reali di garanzia e, neanche, di espropriazione per pubblica utilità; l'autorità giammai sottrarre alla sua funzione e alla sua appartenenza ciò che il legislatore intese legarvi in modo indissolubile»*.

<sup>454</sup> La regla de la “*imprescrittibilità*” o “*inusucapibilità*” supone la prohibición para los bienes demaniales de ser objeto de prescripción adquisitiva o usucapión. Corolario del principio de inalienabilidad es que los bienes demaniales no pueden ser usucapibles ni constituir objeto de posesión. El art. 1145 C.c. establece que la posesión de las cosas de las cuales no se puede adquirir la propiedad (*cose extracommercium*) queda sin efecto. En consecuencia, los bienes demaniales no están sujetos a prescripción adquisitiva o usucapión, esto es, no pueden ser adquiridos por efecto de la posesión continuada durante un cierto período de tiempo. PELINO, S. e EVARISTO, S., «Gestione e valorizzazione del patrimonio...», *op. cit.*, p. 256, *«L'art. 1145 C.c. statuisce che il possesso delle cose di cui non si può acquistare la proprietà (cose extracommercium) è senza effetto; di conseguenza i beni demaniali non sono soggetti alla prescrizione acquisitiva o usucapione, cioè non possono essere acquistati per effetto del loro possesso continuato per un determinato periodo di tempo (artt. 1158 e ss. C.c.)»*.

<sup>455</sup> A diferencia de los bienes patrimoniales, los bienes demaniales no están sujetos a tributos que gravan la propiedad privada.

<sup>456</sup> CASSESE, S., *Corso di Diritto...*, *op. cit.*, p. 238 afirma: *«Il codice civile non fornisce peraltro, una definizione dei beni demaniali. Si limita ad attribuirne la proprietà allo Stato e agli enti territoriali, come i comuni e le province (ai quali si aggiungono adesso -come notato- soggetti privati, come la società Patrimonio dello Stato), e ad ennettere a tali beni una serie di tratti specifici già segnalati»*.

propiedad privada, sin que en ningún caso puedan ser objeto de ella<sup>457</sup>. Las tres categorías fundamentales son el dominio público hídrico, marítimo y militar; categorías pertenecientes obligatoriamente al Estado o a las Regiones<sup>458</sup>. En concreto, están enumerados en el art. 822.1 del C.c. italiano y se incluyen los siguientes bienes: *«opere destinate alla difesa nazionale», come le fortezze, le piazzeforti, le installazioni missilistiche e simili; «il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti; i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia», cioè è tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo*<sup>459</sup>. Dado que el dominio público natural está constituido por el conjunto de bienes, que el ordenamiento jurídico considera exclusivamente demaniales, no es necesaria una manifestación de voluntad para constituir dicha demanialidad, sino que es suficiente el dato de su existencia<sup>460</sup>, dato del que deriva la exclusiva pertenencia al Estado y la exclusiva vinculación a una función pública. Por esta razón, toda manifestación de la Administración sobre los bienes demaniales naturales tiene siempre un valor declarativo porque la demanialidad preexiste al reconocimiento específico que se realice.

En cambio, son accidentales o eventuales, cuando pertenecen a los Entes territoriales, pero sin que dicha pertenencia sea obligatoria. En esta categoría están comprendidos: *«le strade, le autostrade, gli aerodromi, gli acquedotti, gli immobili riconosciuti d'interesse storico, archeologico e artistico a norma delle leggi in materia, la raccolte dei musei, delle pinacoteche, degli archivi, delle biblioteche; e infini gli altri*

---

<sup>457</sup> RESTA, R., «Dei beni appartenenti allo Stato...», *op. cit.*, p. 76, precisa «(...) qui si è in presenza di una destinazione necessaria considerata come ineluttabile dai principi generali e però i beni che ne costituiscono l'oggetto non possono essere che demaniali e non possono mai, come tali, essere considerati suscettibili di privato dominio, ossia di destinazione diversa da quella pubblicistica».

<sup>458</sup> MAZZAROLLI, L.; PERICU, G.; ROMANO, A.; ROVERSI MONACO, F.A. y SCOCA, F.G. (coords.), *Diritto Amministrativo*, Parte Speciale e Giustizia Amministrativa, Monduzzi Editore, Bologna, 2005, p. 183, «Si tratta di appartenenza esclusiva e necessaria allo Stato (con le sole eccezioni di parte del demanio idrico per alcune Regioni a statuto speciali e dei porti lacuali, ormai regionali ex art. 11, comma 3º, della l. 16 maggio 1970, n.281 -c.d. legge finanziaria regionale) di beni riservati per legge originariamente in suo favore (c.d. demanio necessario)».

<sup>459</sup> Forman parte del dominio público, si pertenecen al Estado, las carreteras, autopistas, ferrovías, los aeródromos, acueductos, inmuebles reconocidos de interés histórico, arqueológico y artístico de acuerdo con las leyes sobre la materia, las colecciones de los museos, pinacotecas, archivos y bibliotecas, y finalmente, otros bienes que se someten por la ley al régimen propio del dominio público.

<sup>460</sup> RESTA, R., «Dei beni appartenenti allo Stato...», *op. cit.*, p. 81, «Occorre, tuttavia, precisare che per esistenza qui va intesa l'esistenza del bene in senso giuridico, non già nel senso naturalistico della parola, perchè essa può derivare sia direttamente dalla natura (per es., spiaggia), sia dall'opera dell'uomo (per es., opere fortificate)».

*beni che sono dalla legge assoggettati al regime proprio del demanio pubblico»<sup>461</sup>*. En esta clase de bienes, el destino a una finalidad pública es determinante para conocer el momento inicial de la demanialidad, que exige un doble requisito: una manifestación de voluntad del Ente titular del derecho real público y, por consiguiente, un acto administrativo del que resulte la específica voluntad de destinar ese bien a una función pública, y la efectiva dedicación del bien a esa función pública.

Por su parte, los bienes patrimoniales pueden ser identificados a partir del criterio de la enumeración taxativa por categorías. Si tienen un vínculo específico de destino público, son bienes patrimoniales indisponibles, en cuyo caso no pueden ser distraídos de su cometido, a excepción de lo que establezcan las leyes, bajo pena de nulidad. Están dotados de un régimen parcialmente atenuado por cuanto pueden ser objeto de comercio siempre que se mantenga su afectación. En efecto, a diferencia de los bienes demaniales, los patrimoniales no se caracterizan por la regla absoluta de la inalienabilidad, sino que la misma dependerá de que estén o no reservados a un ente público<sup>462</sup>. Sin embargo, sí debe señalarse que cuando la misma así venga establecida tendrá carácter imperativo, al comportar la nulidad de todos los actos que sean contrarios a ella. Análogamente, tampoco es incompatible con la indisponibilidad de estos bienes la adquisición por los terceros como consecuencia de la usucapión<sup>463</sup>.

Dentro de este grupo se incluyen los bienes señalados en el art. 826, apartados 2 y 3 del C.c. italiano que afirman, respectivamente, que forman parte de los bienes patrimoniales indisponibles del Estado los siguientes: *«le foreste che a norma delle leggi in materia costituiscono il demanio forestale dello Stato, le miniere, le cave e torbiere quando la disponibilità ne è sottratta al proprietario del fondo, le cose*

---

<sup>461</sup> REGGIO, S. e D'URSO PIGNATARO, G., «Tutela e valorizzazione dei beni pubblici quale concreta manifestazione della sovranità dello Stato e dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali autonomi costituzionali», *L'Amministrazione italiana*, núm. 5, 1997, p. 742, reagrupan los bienes demaniales accidentales en las siguientes categorías: *«a) demanio stradale (tutte le strade, tranne quelle militari, che appartengono a enti pubblici territoriali, comprese le loro pertinenze (case, cantoniere, paracarri, etc.); b) demanio ferroviario (strade ferrate e loro pertinenze -ponti, case cantoniere, stazioni, sottopassaggi, impianti), c) demanio aeronautico (comprende gli aeroporti e piste di atterraggio di proprietà di enti pubblici territoriali), d) acquedotti, e) beni di interesse storico, artistico e archeologico, beni immobili di interesse storico e artistico»*.

<sup>462</sup> SANDULLI, A., *Manuale di Diritto Amministrativo...*, op. cit., p. 799, indica que son declarados inalienables, entre otros, las escrituras y documentos de los entes públicos y los bienes de interés histórico y artístico. La regla general que caracterice a estos bienes no es la inalienabilidad, sino que pueden ser sustraídos de su destino, en virtud de lo establecido por la ley encargada de regularlos.

<sup>463</sup> El art. 828.2 C.c. italiano no impide que los bienes sean objeto de derechos reales diversos del de propiedad, como, por ejemplo, de servidumbres, siempre que los mismos no sean incompatibles con el mantenimiento de los bienes en el cumplimiento de su destino.

*d'interesse storico, archeologico, paleontologico, paleontológico e artistico, da chiunque e in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo, i beni costituenti la dotazione della presidenza della Repubblica, le caserme, gli armamento, gli aeromobili militari e le navi da guerra*<sup>464</sup>. Y del Estado o de las Provincias o Municipios, según su pertenencia «*gli edifici destinati a sedi di uffici pubblici, con i loro arredi, e gli altri beni destinati a un pubblico servizio*»<sup>465</sup>. El régimen jurídico de los mismos está establecido en el art. 828.2 del C.c., que afirma: «*I beni che fanno parte del patrimonio indisponibile non possono essere sottratti alla loro destinazione, se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano*»<sup>466</sup>. La regulación jurídica tiene un contenido público atenuado porque no son absolutamente intransferibles. En efecto, es posible constituir sobre ellos derechos a favor de terceros, siempre que se respete la finalidad pública que tienen encomendada.

En cambio, los restantes bienes patrimoniales son disponibles. Quiere decir que en este último supuesto la individualización viene realizada mediante un criterio residual, esto es, son bienes patrimoniales disponibles todos aquellos bienes pertenecientes a sujetos públicos (no únicamente a las Administraciones territoriales)<sup>467</sup>, distintos de los bienes demaniales y de los bienes patrimoniales indisponibles. El bien patrimonial disponible por excelencia es el dinero de las organizaciones públicas<sup>468</sup>, el

---

<sup>464</sup> Quiere decirse que forman parte del patrimonio indisponible del Estado los bosques que de acuerdo con las leyes sobre la materia constituyen el dominio forestal del Estado, las minas, canteras y turberas cuando su disponibilidad quede sustraída al propietario del fundo, las cosas de interés histórico, arqueológico, etnológico, paleontológico y artístico que hayan sido halladas en el subsuelo por cualquiera y de cualquier modo: los bienes que integran la dotación de la presidencia de la República, los cuarteles, el armamento, las aeronaves militares y los buques de guerra.

<sup>465</sup> Así, forman parte del patrimonio indisponible del Estado o de las provincias y de los municipios respectivamente según su pertenencia, los edificios destinados a sede de oficinas públicas junto con su mobiliario, y los demás bienes destinados a servicio público. En este contexto, afirman MAZZAROLLI, L.; PERICU, G.; ROMANO, A.; ROVERSI MONACO, F.A. e SCOCA, F.G. (coords.), *Diritto Amministrativo...*, op. cit., p. 186, que «*Tra questi, una distinta quanto superflua menzione l'art. 826, comma 3, riserva agli edifici destinati a sede di uffici pubblici con i loro arredi, che fanno parte del patrimonio indisponibile dello Stato o, rispettivamente, (delle Regioni) delle province e dei comuni secondo la loro appartenenza. In realtà, trattandosi di beni funzionalmente collegati al servizio cui sono destinati proprio in quanto sedi ed arredi dell'ufficio, essi sono patrimoniali indisponibili già in forza della clausola generale di cui all'art. 830, comma 2°, C.c. che è valida per tutti i beni degli enti pubblici*».

<sup>466</sup> Dispone este artículo que los bienes que forman parte del patrimonio indisponible no pueden ser sustraídos a su destino, salvo en los modos establecidos por las leyes que los afectan.

<sup>467</sup> REGGIO, S. e D'URSO PIGNATARO, G., «*Tutela e valorizzazione dei beni pubblici...*», op. cit., p. 744, «*Essi, sono beni pubblici, mobili o immobili, che a differenza di quelli demaniali possono appartenere a qualsiasi ente pubblico e non soltanto allo Stato, alle Regioni, alle Province o ai Comuni*».

<sup>468</sup> La jurisprudencia ha declarado que el dinero y los créditos de la Administración constituyen bienes disponibles, que pueden ser objeto de ejecución forzosa y producen intereses a favor de los acreedores, en caso de retraso o incumplimiento del pago.

cual se convierte en indisponible cuando tiene impuesto el cumplimiento de una precisa finalidad pública, en virtud de las normas de contabilidad pública. Hay que señalar que estos bienes no son considerados bienes públicos *stricto sensu* ya que se rigen por el Derecho privado. La única particularidad es la relativa a su enajenación que sí debe seguir las reglas del Derecho público, esto es, hacerse mediante pública subasta o contratación directa.

## 2.2. FUNCIONES DE LOS BIENES PÚBLICOS

Las Administraciones públicas están llamadas a cumplir una serie de funciones respecto a los bienes que son de su propiedad<sup>469</sup>.

La primera, instrumental a las restantes y que ha sido injustamente ignorada por las instituciones italianas, es la de conocimiento. Ésta atiende a la adquisición y a la organización de la información relativa a los diferentes bienes, a la situación en la que se encuentran, su valor económico, etc. mediante archivos y bases de datos. El papel fundamental corresponde a la *Agenzia del demanio*.

Otra de las funciones consiste en la conservación de los bienes, lo cual comporta para la Administración obligaciones de mantenimiento más intensas que las correspondientes a los sujetos privados, así como potestades específicas. Esto se justifica porque las Administraciones tienen el deber de garantizar las finalidades públicas y evitar daños a terceros. Para tutelar los bienes públicos, las normas atribuyen la potestad de autotutela. Por ejemplo, en el caso en que un sujeto privado ocupe sin título jurídico válido un área perteneciente al dominio marítimo, la autoridad tiene la facultad de emitir órdenes de desalojo, o si se han realizado instalaciones abusivas, de ordenar la demolición a cargo del interesado.

Una tercera función es la de gestión de los bienes, considerada durante mucho tiempo sólo desde el punto de vista de la elección del modelo, esto es, centrándose únicamente en la simple opción entre la gestión directa e indirecta. Esta función de gestión incluye una serie de actividades distintas de la de conservación y de la tutela. Concretamente, comprende, entre otros cometidos, la individualización de las formas de disfrute más eficientes o menos onerosas, la restructuración de las obras, así como la verificación de la pertinente necesidad u oportunidad de la posesión de los bienes por la Administración o por los particulares. En el supuesto en que esta verificación tenga

---

<sup>469</sup> CASSESE, S., *Corso di Diritto...*, op. cit., p. 243.

resultado negativo, la gestión puede ser encomendada a sujetos privados, en cuyo caso el instrumento tradicional viene configurado por la concesión.

Finalmente, una última función que debe destacarse de los bienes públicos consiste en la valorización o rentabilización de los mismos. Ésta puede realizarse a través de cualquiera de los instrumentos introducidos en el ordenamiento para conseguir la explotación, sin perder de vista la protección de la afectación. En este ámbito, debe incluirse la posibilidad de enajenar algunos derechos relativos a los bienes. Si bien en el pasado esto había sido considerado excepcional (en el Antiguo régimen se establecía que el soberano no podía disponer de los bienes).

### **3. EVOLUCIÓN NORMATIVA EN LA RENTABILIZACIÓN DE LOS BIENES**

A continuación, se indican algunas de las reformas normativas llevadas a cabo con la intención de potenciar económica y financieramente los bienes, tanto del Estado como de las Regiones y de los Entes territoriales italianos.

En 1989 se procedió a la informatización del sistema de inventario con la intención de superar los límites del modelo organizativo de la Administración y su patrimonio público. Para ello, se ha reformado el balance, en la parte denominada *Conto del patrimonio*, destacando, al menos en sus principios, la necesaria consideración del valor económico de los bienes<sup>470</sup>.

Igualmente y por efecto de las obligaciones comunitarias, se ha acordado la redacción de un *Conto economico patrimoniale* de las Administraciones públicas, siguiendo las reglas de la contabilidad europea, que valorando los bienes financieros, muebles e inmuebles, materiales e inmateriales, a precio de mercado, ha puesto en evidencia cómo la representación de tales bienes como elementos del activo patrimonial prescinde de las clasificaciones y de los regímenes jurídicos de los Estados miembros.

---

<sup>470</sup> COLOMBINI, G., *La nozione flessibile di proprietà pubblica. Spunti di riflessione di Diritto Interno ed Internazionale*, Giuffré, Milano, 2008, p. 7, «In particolare, dolo l'emersione della totale inadeguatezza degli inventari quali documenti deputati alla rappresentazione dello status giuridico e fisico dei beni pubblici, con la conseguente affermata necessità di procedere ad una ricognizione di tutti i beni in proprietà dello Stato, si è proceduto alla informatizzazione del sistema inventariale nell'intento di ovviare ai limiti del modello organizzativo dell'amministrazione del patrimonio pubblico. Sul versante contabile si è proceduto, nell'ambito della complessa riforma del bilancio e del rendiconto generale dello Stato, a modificare la struttura di entrambi i documenti, prefigurando in quella parte del rendiconto denominato Conto del patrimonio la rappresentazione secondo criteri di valutazione economica degli elementi attivi del patrimonio dello Stato e dunque anche dei beni immobili posseduti a titolo di pubblica proprietà».

La reforma así pues parecía haber resuelto los problemas contables y organizativos que en 1989 habían constituido las razones de la investigación sobre los bienes públicos, pero en realidad, ha dejado sustancialmente inalterado el modelo jurídico delineado por el C.c., que ha sido indicado como un elemento crucial para la sistematización teórica de la propiedad pública.

Lamentablemente, la atención del legislador sobre los bienes no se ha centrado en los aspectos organizativos ni de gestión económica o tutela, sino en el crecimiento incontrolado de la deuda pública y en las obligaciones comunitarias, que han denunciado la verdadera emergencia que vivía la finanza pública italiana.

Desde los años 90 se ha iniciado un recorrido legislativo de construcción del equilibrio de la finanza pública nacional a través de la privatización de sectores enteros de la economía pública y de reconocimiento al Estado de la función de regulación. Inicialmente, la privatización de los bienes se efectuó según las reglas clásicas de las leyes de contabilidad general que indicaban que la misma consiste en la transferencia de la titularidad de un sujeto público a un sujeto privado, mediante el procedimiento de subasta pública.

Sucesivamente, en los inicios del año 2000, la privatización ha asumido una modalidad más compleja, con la consecuente distinción entre privatización formal y sustancial. La cuenta del patrimonio fue reestructurada en abril del año 2002, en aplicación del art. 14 del Decreto-legislativo núm. 279/1997, con la introducción de una nueva clasificación de los bienes susceptibles de valoración económica sobre la base de tres niveles y en función de criterios económicos que se aplican también a los bienes demaniales que antes estaban excluidos.

## **4. LA COMISIÓN DE REFORMA DE LOS BIENES PÚBLICOS**

### **4.1. INTRODUCCIÓN**

A pesar de que no haya tenido una buena acogida, debe destacarse la Comisión de expertos presidida por RODOTÁ<sup>471</sup>, que elaboró una propuesta de máximo interés,

---

<sup>471</sup> Esta comisión a la que se le encomendó la *«elaborazione dei principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega al governo per la novellazione del Capo II del Titolo I del Libro III del Codice civile nonché di altre parti dello stesso libro ad esso collegate per le quali si presentino simili necessità di recupero della funzione ordinante del diritto della proprietà e dei beni»* estaba compuesta –además de su Presidente– por AMATUCCI, A.; CASSUCCI, F.; D'ALBERTI, M.; BACCHETA, D.; CALVO, R.; DE BENEDETTO, M.; DI SABATO, D.; GAMBARO, A.; LUCARELLI, A.; MATTEI, U.; NIVARRA,



dirigida a llevar a cabo una reforma integral de las normas del C.c. italiano relativas a los bienes en general y a los bienes públicos en particular. Las razones alegadas para esta reforma eran plenamente coherentes con los factores de cambio que estaban teniendo lugar: algunas clases de bienes permanecían correctamente clasificados en el C.c., otros precisaban un cambio; los recursos naturales reclamaban una protección más duradera; la nueva filosofía en la gestión del patrimonio público requería una mejor administración de los bienes que permanecían en propiedad pública y la garantía de que el Gobierno no cediera ante la tentación de vender bienes públicos por razones diversas de las estructurales y estratégicas<sup>472</sup>.

La propuesta normativa de esta Comisión trataba de superar los esquemas del Derecho de las propiedades públicas, ofreciendo una regulación que revestía tres características innovadoras<sup>473</sup>. En primer lugar, contenía una disciplina estructural y de referencia para los bienes públicos, apta para recuperar una dimensión ordenadora y racionalizadora de la realidad normativa. En segundo lugar, suprimía la tradicional clasificación entre bienes demaniales e indisponibles, redistribuyéndolos en nuevas categorías basadas en la naturaleza económico-social que tuvieran: bienes no susceptibles de pertenecer a sujetos privados y aquéllos con vocación pública, pero potencialmente capaces pertenecer también a sujetos privados. Por último, se introducía normativamente la categoría conceptual de los bienes comunes y se la dotaba de una regulación inspirada en los principios de solidaridad intergeneracional y de desarrollo sostenible.

No obstante, el cambio de titularidad del *Ministero dell'Economia e delle Finanze* en julio de 2005 hizo decaer el proyecto.

A pesar de ello, en junio de 2006 se decidió continuar con los trabajos en torno a los bienes públicos revisando del marco jurídico de los bienes públicos contenido en el C.c. El Ministro de Justicia formalizó la encomienda a la Comisión RODOTÀ,

---

L.; PICCOLI, P.; RANGONE, N.; RENNA, M.; RESTA, G.; REVIGLIO, E.; SALVATO, L.; SAVERIO MARINI, F.; TORO, S. y VACIAGO, G.

<sup>472</sup> REVIGLIO, E., *Per una riforma del regime giuridico dei beni pubblici. Le proposte della Commissione Rodotà*, in *Politica del Diritto*, 2008, fasc. 3, p. 531.

<sup>473</sup> BERMEJO LATRE, J. L., «La *non nata* reforma del ordenamiento italiano de los bienes públicos», en LÓPEZ RAMÓN, F. y ESCARTÍN ESCUDÉ, V. (coords.), *Bienes públicos, urbanismo y medio ambiente...*, *op. cit.*, pp. 93 y ss, explica que: «En suma, la propuesta reconduce la parte del C.c. referida a los bienes públicos -y en general la propiedad pública- a los principios fundamentales de la Constitución italiana, orientando las utilidades de los bienes a la satisfacción de los derechos de la persona y al propio tiempo, de los intereses públicos esenciales, abanderando una idea objetiva y finalista de la propiedad pública».

denominada «*Commissione sui Beni Pubblici per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici*», instituida el 21 de junio de 2007, de redactar un borrador de anteproyecto de ley de delegación para la reforma de las normas del C.c. italiano sobre los bienes públicos<sup>474</sup>. En concreto, se le encomendó la renovación del Capítulo II del Título I del Libro III del C.c., así como otras partes del mismo Libro vinculadas a él, para las cuales se presentan similares necesidades de recuperación de la función ordenadora del derecho de propiedad y de los bienes.

#### 4.2. PRINCIPIOS, CONTENIDO Y FINALIDADES DE LA REFORMA

El objetivo del encargo había sido diseñar un nuevo régimen para las propiedades públicas que reconfigurara la regulación contenida en el C.c. y superara el citado marco.

Así, la Comisión proponía una inversión conceptual de la clasificación del C.c. Sustituyendo la lógica clásica que deduce las clases de bienes a partir de sus regímenes jurídicos, la Comisión parte de las diversas tipologías de bienes para inferir los regímenes jurídicos de éstos, tratando de reflejar la relevancia económica y social de aquéllos, mediante una clasificación basada en las utilidades producidas por los mismos y la vinculación de éstas a la tutela de los derechos de la persona y a los intereses públicos esenciales<sup>475</sup>.

Se defendía una noción objetiva de bien público, hasta el punto de que la condición pública subsistía formalmente a pesar de la posible privatización y comercio del bien a través de negocios de Derecho privado. El bien público, sin perjuicio de su titularidad no necesariamente pública, continuaría afectado a su destino institucional, sujeto a regulación por parte de los poderes públicos y protegido mediante potestades administrativas de tutela ejecutiva *ad hoc*<sup>476</sup>. La idea fundamental era que el destino público pudiera ser garantizado a través de un vínculo objetivo de destino, independientemente de la atribución de su titularidad a un Ente público.

---

<sup>474</sup> El texto puede consultarse en la siguiente dirección: [http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_12\\_1.wp?previousPage=mg\\_14\\_7&contentId=SPS47617](http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previousPage=mg_14_7&contentId=SPS47617)

<sup>475</sup> BERMEJO LATRE, J. L., «La *non nata* reforma del ordenamiento italiano de los bienes...», *op. cit.*, p. 97.

<sup>476</sup> En concreto, afirmaba la propuesta: «*La previsione della categoria dei beni comuni, cioè delle cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona. La norma precisa la titolarità dei beni comuni, le condizioni per la loro fruizione collettiva, gli strumenti di tutela amministrativa e giurisdizionale. Viene fornito un elenco esemplificativo di tali beni. Si prevede il coordinamento fra disciplina dei beni comuni e disciplina degli usi civici*».

En cuanto a sus contenidos, la propuesta procedía a una nueva clasificación de los bienes, distinguiendo entre bienes comunes<sup>477</sup>, públicos y privados. Y, a su vez, dentro de los bienes públicos diferenciaba tres clases en función de las exigencias que sus utilidades pudieran satisfacer: bienes de titularidad pública necesaria (*beni ad appartenza pubblica necessaria*), bienes públicos sociales (*beni pubblici social*) y bienes fructíferos (*beni pubblici fruttiferi*).

Los bienes de titularidad pública necesaria eran aquéllos que satisfacían intereses generales fundamentales, debiendo quedar consecuentemente sometidos a las prerrogativas del Estado y de los Entes públicos territoriales<sup>478</sup>. La norma ofrecía un listado ejemplificativo de tales bienes (incluyendo, entre otros, las obras destinadas a la defensa, a la red viaria, portuaria y aeroportuaria nacional) y preveía un régimen jurídico reforzado, estableciendo que gozaban de las notas de imprescriptibilidad, inalienabilidad, autotutela administrativa y algunas garantías explícitas en materia de tutela resarcitoria e inhibitoria.

Los bienes públicos sociales eran aquéllos cuyas utilidades esenciales se destinaban a satisfacer necesidades propias de los derechos civiles y sociales de la persona, particularmente relevantes en una economía de servicios<sup>479</sup>. También se ofrecía un listado ejemplificativo, afirmándose que formaban parte de esta categoría las viviendas de protección oficial pública, los edificios dedicados a centros educativos públicos y sanitarios o las redes dedicadas a los servicios públicos locales. Para estos bienes, se regulaba un régimen basado en un vínculo de destino público cualificado, que sólo cedía cuando se haya asegurado el mantenimiento o la mejora de la calidad de los

---

<sup>477</sup> Los bienes comunes no recaían estrictamente en la especie de los bienes públicos, ya que pueden pertenecer no sólo a las personas públicas, sino también a los particulares. De ellos forman parte los recursos naturales, los bienes arqueológicos, culturales y ambientales e incluso los derechos de imagen de todos los citados. Estos bienes comunes suelen ser o bien escasos, o bien abundantes aunque vulnerables y, en muchos casos, su estado de degradación es elevado. En cualquier caso, sí es cierto que, a pesar de la novedad, la regulación propuesta es particularmente garantista y tuitiva. Así pues, establece que los de propiedad pública sean considerados *extra commercium*, salvo en los casos en que por ley se contemple excepcionalmente la posibilidad de otorgamiento en concesión a particulares por tiempo limitado. Asimismo, se precisan las condiciones para el aprovechamiento colectivo de los bienes comunes y prevé la coordinación entre la disciplina de los bienes comunes y la de los usos cívicos.

<sup>478</sup> Indicaba el proyecto: «*Beni ad appartenza pubblica necessaria, cioè quei beni che soddisfano interessi generali fondamentali, la cui cura discende dalle prerogative dello Stato e degli enti pubblici territoriali. La norma fornisce un elenco esemplificativo di tali beni. Ne prevede la non usucapibilità, la non alienabilità e le forme di tutela amministrativa e giudiziale*».

<sup>479</sup> Los bienes públicos sociales son: «*(...) quei beni le cui utilità essenziali sono destinate a soddisfare bisogni corrispondenti ai diritti civili e sociali della persona. Anche in tal caso, l'elenco è esemplificativo. La norma prevede un vincolo di destinazione pubblica e ne limita i casi di cessazione*».

servicios sociales producidos. La tutela administrativa se encomendaba al Estado y a cualesquiera otros Entes públicos, incluso los no territoriales.

Los bienes fructíferos constituían una categoría residual y trataban de procurar un uso eficiente del patrimonio público. Estos bienes se declaraban enajenables y susceptibles de ser gestionados mediante el posible recurso a instrumentos de Derecho privado, en busca de una plena valorización<sup>480</sup>.

## 5. MEDIOS JURÍDICOS UTILIZADOS PARA LA VALORIZACIÓN

Para analizar cómo esta corriente de *valorizzazione* ha ido desarrollándose, al margen de la citada Comisión de reforma, es fundamental conocer cuáles son los instrumentos jurídicos a través de los cuales se concretó. En el ordenamiento jurídico italiano, destacan los siguientes: las utilidades del dominio público, valorización clásica mediante las concesiones y los correspondientes cánones; la creación de la sociedad anónima *Patrimonio dello Stato*; y las operaciones de privatización y enajenación, que también han sido una realidad, especialmente en los últimos años. A todo ello, se une la propuesta elaborada por la Comisión para la reforma del C.c. y la nueva clasificación pretendida para los bienes públicos.

### 5.1. LOS USOS DEL DOMINIO PÚBLICO

Observando la normativa, se puede afirmar que el legislador ha creado un estrecho vínculo funcional entre dos de los instrumentos originales para la gestión y uso del patrimonio inmobiliario público *-la concessione y la locazione-* y la nueva finalidad denominada “valorización y utilización con fines económicos” de los inmuebles públicos. Por este motivo, deben incluirse y analizarse, como instrumentos para llevar a cabo la valorización, los usos que pueden realizarse de los bienes demaniales, prestando especial atención al uso excepcional y a su título habilitante, la concesión, que mediante la exigencia de un canon cumple con una clara finalidad económica.

Además, el régimen de la utilización de los bienes públicos constituye un elemento jurídico esencial. La justificación de su reconocimiento en el orden jurídico-

---

<sup>480</sup> Para estos bienes se indica: «*Beni pubblici fruttiferi, che non rientrano nelle categorie precedenti e sono alienabili e gestibili dai titolari pubblici con strumenti di diritto privato. La norma regola i casi e le procedure di alienazione*».

social de las relaciones y de los intereses, está proyectada dinámicamente en el régimen de uso; el bien público es esencialmente *quoad ussum assai*<sup>481</sup>.

Tradicionalmente, en la exposición de las normas que regulan la demanialidad se ha hecho hincapié en la sujeción de los bienes públicos a un régimen especial que trata de garantizar a la colectividad el libre disfrute de la utilidad que cada bien puede ofrecer. Sobre este presupuesto se han construido las propuestas que demuestran cómo la categoría de los bienes demaniales constituye una excepción, respecto a la disciplina común de la propiedad<sup>482</sup>.

De las clasificaciones más importantes realizadas por la doctrina deben resaltarse dos.

Por un lado, aquélla que distingue entre los usos comunes (*comuni*), especiales (*speciali*) y excepcionales (*eccezionali*), en base a un criterio que se centra en el *plus* o añadido de facultad del que disfruta el individuo respecto a aquélla que le corresponde como ciudadano; así como en la naturaleza del instrumento puesto a disposición por las Administraciones públicas para hacer surgir ese exceso de facultades individuales<sup>483</sup>.

Por otro, aquélla que, según los intereses públicos que los mismos están llamados a cumplir, diferencia entre uso directo (*diretto*), uso colectivo (*promiscuo*), uso general (*generale*) y uso particular (*particolare*). No obstante, se declara que no siempre es posible identificar claramente el tipo de uso, por lo que habrá que observar si se necesita o no una previa habilitación de la Administración para poder proceder a él.

En cuanto al primer grupo, debe señalarse cuáles son las principales características de cada categoría que lo compone. En primer lugar, el uso común es el que corresponde al normal destino del bien, considerado como la función primaria de la

---

<sup>481</sup> Así, lo indican MAZZAROLLI, L.; PERICU, G.; ROMANO, A.; ROVERSI MONACO, F.A. e SCOCA, F.G. (coords.), *Diritto Amministrativo...*, op. cit., p. 223, cuando afirman: «Va rimarcato, ancora una volta, che il regime dell'utilizzazione dei beni pubblici costituisce -a differenza che per i beni dei privati- il loro elemento giuridicamente essenziale. La stessa ratio della pubblicità dei beni, in altre parole la giustificazione del loro riconoscimento nell'ordine giuridico-sociale dei rapporti e degli interessi, è proiettata dinamicamente nel regime dell'uso più che in quello della proprietà: bene pubblico, per l'ordinamento generale è, insomma, essenzialmente bene quoad ussum assai più che quoad proprietatem».

<sup>482</sup> AVANZI, S., *Il nuovo demanio...*, op. cit., pp. 34-35, «Ed è stato dedotto, conclusivamente, che lo Stato non possiede il demanio per se stesso ma per la collettività. Aggiungiamo ora, come corollario, che gli usi che ne realizzano la funzione primaria e ne giustificano la condizione giuridica voluta dall'ordinamento sono usi che la dottrina ha qualificato come comuni o generali».

<sup>483</sup> GUICCIARDI, E., *Il demanio*, Cedam, Padova, 1934, p. 262.

relativa demanialidad y es igual, en abstracto, para todos los individuos. Se puede ejercitar libremente y sin necesidad de cumplir ninguna formalidad. Por eso, se dice que es general, común, ordinario, colectivo, libre y normal.

El uso especial es el permitido únicamente a determinados sujetos, que lo ejercen como individuos singulares, en virtud de un título idóneo que puede consistir o en el pago de una cantidad (que tiene la naturaleza de tasa) o en la obtención de una autorización.

El uso excepcional es el que comporta la sustracción del bien de su destino normal para atribuir el disfrute exclusivo a un sujeto determinado, previa manifestación formal de voluntad de la Administración que se concreta en un acto administrativo que adopta la forma de concesión de naturaleza constitutiva, en cuanto hace surgir un derecho que pertenece a la categoría de derechos reales tutelables con las acciones posesorias, previstas por el art. 1145 del C.c. italiano para los bienes públicos. El uso excepcional se coloca fuera del destino normal del bien; constituye así una limitación en cuanto sustrae parte del bien mismo al uso común para atribuirlo en disfrute exclusivo a sujetos determinados. Este uso de los bienes demaniales se confiere normalmente a los interesados mediante un procedimiento administrativo para otorgar una autorización o concesión. En otros términos, el uso de los bienes públicos puede ser consentido a título particular mediante procedimientos reconducibles a dos tipos fundamentales: el de la autorización y el de la concesión. La relación entre el ente propietario y los sujetos habilitados para un uso particular de los bienes públicos tiene como base un acto de autorización o de concesión, que da lugar a una relación de Derecho público, en virtud del cual los sujetos adquieren derechos en relación al bien<sup>484</sup>.

Las razones que llevan a obtener una autorización no son unívocamente enmarcables en un cuadro dogmático estable. Puede afirmarse que, partiendo de la libertad del uso general, la evolución de la experiencia jurídica ha demostrado que algunas situaciones reclamaban una regulación previa para satisfacer exigencias de seguridad y garantía de los intereses de la colectividad de los usuarios. Por este motivo, algunos usos han sido sometidos al régimen de prohibición con reserva de permiso, correspondiente a lo que el Derecho positivo presenta hoy como uso subordinado a autorización. Su origen derivado del uso general constituye el elemento de

---

<sup>484</sup> FORTI, U., «Natura giuridica delle concessione amministrative», *Giurisprudenza italiana*, 52, 1900, p. 359, explica que en el caso de los bienes patrimoniales se estipulan verdaderos contratos fundamentados en un procedimiento público.

diferenciación fundamental entre la autorización y la concesión. No obstante, no todas las divergencias acaban con esta característica, pues la concesión ofrece mayores garantías de estabilidad y protección.

Uno de los mecanismos que garantiza la utilización económica del bien y su compatibilidad con los intereses públicos es el instituto de la concesión, sin perjuicio de que deban seguirse determinadas cautelas para evitar problemas que pueden originarse en la práctica<sup>485</sup>.

La concesión de bienes es el género más antiguo de las concesiones en virtud de las cuales se reconoce el derecho a un uso particular del bien público (demanial o patrimonial indisponible), a favor de un determinado sujeto, tras el pago de un canon<sup>486</sup>. Quiere decirse que la Administración atribuye a un tercero, previa solicitud, el disfrute de bienes públicos (demaniales y patrimoniales indisponibles) para prestar servicios públicos o realizar obras públicas, o bien ambas finalidades, construyendo una obra pública y prestando el servicio para el cual la misma está destinada<sup>487</sup>. Se consigue de esta manera una forma de valorización del bien o una explotación económica del mismo mediante la actividad que el particular es capaz de desarrollar.

Con el objetivo de una mejor valorización del patrimonio inmobiliario, se han incorporado algunas formas particulares de concesión:

1ª. La concesión de utilización, en base a la cual el concesionario se obliga a realizar un proyecto de adaptación y reestructuración de un inmueble, previo pago de un precio por el tiempo de disfrute (art. 19, co. 6º de la Ley núm. 448/1998). Su finalidad consiste en aumentar el valor de mercado del bien que continúa permaneciendo en el patrimonio del sujeto público propietario. Además, la Administración recibe el canon, cuyo montante no viene automáticamente establecido en leyes especiales, sino definido, por ella, teniendo en cuenta las características del inmueble.

---

<sup>485</sup> ROTA, A., *I beni demaniali dopo le riforme...*, op. cit., p. 125 cita, entre otros problemas, por un lado, la cuantía del canon, que en la mayoría de los casos es irrisorio o inadecuado al valor de uso del derecho que la concesión atribuye. Por otro, el mecanismo de elección del concesionario.

<sup>486</sup> PELINO, S. e EVARISTO, S., «Gestione e valorizzazione del patrimonio...», op. cit., p. 271, «La concessione tradizionale, pertanto, è dal punto di vista relazionale (rapporto di diritto pubblico), un accordo / contratto attivo ed oneroso essendo di regola previsto la corresponsione di un canone, la cui misura, a prescindere dalla natura di contributo pubblico o di vero e proprio corrispettivo, deve comunque tener conto delle concreta redditività ed utilità delle concessione; conseguentemente i relativi proventi sono considerati dal punto di vista finanziario di carattere patrimoniale extratributario».

<sup>487</sup> SORACE, D., e MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in Dig. Disc. pubbl., III, Utet, Torino, 1989, p. 280.

2ª. La concesión a favor de los bienes demaniales marítimos susceptibles de promoción turística de calidad, que debe adjudicarse según el esquema del sistema denominado de *project financing* previsto para los trabajos públicos, con la duración y el precio establecidos convencionalmente (art. 1, co. 583-593 de la Ley núm. 266/2005).

3ª. Dentro del dominio público aeronáutico, la concesión de gestión total que tiene carácter mixto, debido a que referida a los bienes demaniales del sistema aeroportuario, comprende la proyección, realización, manutención y uso de las infraestructuras aeroportuarias (art. 704 del Código de la navegación italiano, modificado por el Decreto-legislativo núm. 151/2006).

En el segundo grupo, se incluye el uso directo, prestado por aquellos bienes utilizados directamente por las Administraciones públicas propietarias para el desarrollo de sus propias actividades.

El uso *promiscuo* es el que permiten los bienes que junto a un destino funcional principal, consistente en la utilización directa por parte de las Administraciones públicas propietarias, tienen uno secundario consistente en la posible utilización por parte de otros sujetos, públicos o privados. Quiere decirse que los bienes demaniales satisfacen al mismo tiempo un uso directo por parte de la Administración y el uso general por la colectividad<sup>488</sup>.

Dentro del uso general se incluyen los bienes que poseen una inmediata e intrínseca vocación a la satisfacción en concreto de intereses públicos, en el sentido de que satisfacen en primer lugar las necesidades de la colectividad y no aquéllas de la organización pública a la que pertenecen. Por este motivo, su uso se permite a todos los miembros de la colectividad.

El uso particular comprende aquellos bienes que en sí mismos son susceptibles de un uso general, pero que debido a su escasez, la Ley consiente su atribución, por medio de un procedimiento administrativo concesorio y previo canon, a singulares sujetos privados. En estos casos los bienes públicos no satisfacen las necesidades de la colectividad en todos sus componentes, sino a ciertos sujetos particulares.

---

<sup>488</sup> SANDULLI, A.M., *Manuale di Diritto Amministrativo*, XV Edizione, Jovene Editore, Napoli, 1989, p. 784.



## **5.2. TRANSFERENCIA DE BIENES A LA SOCIEDAD PATRIMONIO DELLO STATO, S.p.A. E INFRASTRUTTURE, S.p.A.**

### **5.2.1. Funciones de las sociedades**

En virtud del art. 7 del Decreto-ley núm. 63/2002 convertido tras modificaciones en la Ley núm. 112/2002, fue creada la sociedad *Patrimonio dello Stato, S.p.a.*, persona jurídica sustancialmente pública, perteneciente a los Entes instrumentales del Estado. Su misión consiste en la «valorización, gestión y enajenación» de los bienes estatales, respetando los requisitos y las finalidades propias de los bienes públicos<sup>489</sup>. Para ampliar la operatividad de la sociedad, se permite también la transferencia de otros derechos constituidos a favor del Estado, por lo que debe concluirse que puede adquirir y enajenar bienes muebles, pero también derechos sobre bienes inmateriales, contraer débitos y ceder créditos<sup>490</sup>.

Se trata de una sociedad “legal”, configurada y regulada por ley, es decir, no encuentra fundamento en la autonomía contractual de las partes, sino en la intervención *ex lege*, que define una denominación, un capital inicial y un accionista único, el Ministerio, con independencia de que realice o no alguna manifestación de voluntad<sup>491</sup>. Este acto legislativo determina una condición jurídica que hace dudar de la propia naturaleza privada de la sociedad, al atraer el Ente societario a la órbita pública.

Sus acciones son controladas por el Ministerio de Economía y Finanzas, que puede cederlas gratuitamente a otra sociedad, cuyo capital social pertenezca directamente y por completo, al Ministerio. No parece que el ingreso de nuevos socios

---

<sup>489</sup> RENNA, M., *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione...*, op. cit., p. 155, «La sua missione istituzionale consiste nella valorizzazione, gestione ed alienazione dei beni statali, nel rispetto dei requisiti e delle finalità propri dei beni pubblici».

<sup>490</sup> Dispone el art. 7 citado que la sociedad es instituida con las siguientes finalidades: «a) la valorizzazione, gestione e alienazione del patrimonio dello Stato...nel rispetto dei requisiti e delle finalità proprie dei beni pubblici; b) acquistare diritti sui beni immobili pubblici secondo modalità e valori di trasferimento e di iscrizione dei beni nel bilancio della società...definiti con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze; c) effettuare operazioni di cartolarizzazione, alle quali si applicano le disposizioni contenute del decreto legge 25 settembre 2001, n. 351, convertito con modificazioni dalla legge 23 novembre 2001, n. 410; d) trasferire propri beni e diritti alla società Infrastrutture, spa, nei termini prescritti dall'art. 7, comma 12, il quale prevede che i beni della Patrimonio dello Stato, s.p.a. possono essere trasferiti esclusivamente a titolo oneroso alla società di cui all'articolo 8 con le modalità previste al comma 10».

<sup>491</sup> El apartado noveno del art. 7 de la Ley núm. 112/2002 prevé que: «all'onere pari a 1.000.000 di euro, derivante dalla istituzione della società, si provvede mediante corrispondente riduzione dello stanziamento iscritto, ai fini del bilancio triennale 2002-2004, nell'ambito dell'unità previsionale di base di conto capitale “Fondo speciale” dello stato di previsione dell'economia e delle finanze per l'anno 2002».

obstruya la previsión legal de la cuantía del capital social de un millón de euros, en cuanto que la misma es establecida necesariamente en el acto constitutivo. El capital puede variar por voluntad de los socios. En efecto, el art. 6, apartado 4, del estatuto social aclara que el capital puede ser aumentado por decisión de la asamblea extraordinaria de socios y tal aumento puede provenir también de la emisión de acciones que confieran derechos distintos de aquéllos otorgados por las acciones ya emitidas.

Para el desarrollo de sus tareas, se le pueden transferir bienes y derechos demaniales; sin que dicha transferencia produzca por sí misma una privatización sustancial<sup>492</sup>. La transferencia no modifica el régimen jurídico previsto en el C.c., pues continúan manteniendo el destino que tuvieran encomendado.

En la práctica, la sociedad no ha dejado de generar serios problemas de superposición e interferencia entre sus finalidades y las de la *Agenzia del demanio*, a la cual se atribuye por el art. 65 del Decreto-legislativo núm. 300, de 30 de julio de 1999, la administración de los bienes inmuebles del Estado, con la intención de racionalizar y valorizar el uso, desarrollar el sistema informativo de los bienes demaniales y patrimoniales, realizando en cada caso la valoración de los mismos, con fines cognoscitivos y operativos, según criterios de mercado; de gestionar con parámetros de negocio, los programas de venta, de financiación; y también mediante la adquisición en el mercado, la utilización y manutención ordinaria y extraordinaria de tales inmuebles<sup>493</sup>. Además, le es atribuida la gestión de los bienes confiscados.

Se prevé que la *Agenzia del demanio* se encargue de la gestión y de la valorización del patrimonio inmobiliario público, en función de las clases de bienes existentes (demaniales, patrimoniales indisponibles y disponibles). Por ello, el *Ministero dell'Economia e delle Finanze* ha autorizado la constitución o promoción de la constitución, incluso a través de terceros, de Sociedades de responsabilidad limitada, que tengan por objeto exclusivo la realización de operaciones de titulización.

---

<sup>492</sup> RENNA, M., *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione...*, op. cit., p. 159, «Il trasferimento può essere svolto per la realizzazione di operazioni di cartolarizzazione sui beni trasferiti, implicando in tal caso la sdemanializzazione o la revoca della destinazione pubblica dei beni».

<sup>493</sup> «L'amministrazione dei beni immobili dello Stato, con il compito di razionalizzarne e valorizzarne l'impiego, di sviluppare il sistema informativo sui beni del demanio e del patrimonio, utilizzando in ogni caso, nella valutazione dei beni a fini conoscitivi ed operativi, criteri di mercato, di gestire con criteri imprenditoriali i programmi di vendita, di provvista, anche mediante l'acquisizione sul mercato, di utilizzo e di manutenzione ordinaria e straordinaria di tali immobili».

Estas operaciones tienen dos fases. En la primera fase, los inmuebles públicos se transfieren a las sociedades mediante decretos de naturaleza no reglamentaria aprobados por el Ministro de Economía, los cuales determinan, entre otros extremos, el precio inicial que la propia sociedad debe satisfacer al Estado y a los otros Entes públicos, a título definitivo. Las sociedades pueden hacer frente a ese pago inmediatamente o emitir obligaciones al mercado.

La segunda fase prevé el reembolso de la financiación o de los títulos emitidos a través de la reventa, en el mercado, de los inmuebles ya adquiridos, efectuadas por las sociedades.

Por todo ello, analizando las dos sociedades queda reflejado que no existe una equivalencia entre las funciones de administración de los bienes inmuebles encomendadas a la *Agenzia* y la de gestión, valorización y enajenación del patrimonio, propia de *Patrimonio, S.p.a.* En efecto, parece que corresponde a la *Agenzia* la competencia general de gestión y a *Patrimonio dello Stato, S.p.a.* desempeñar una finalidad instrumental a la anterior.

### 5.2.2. Relación con otras sociedades

La sociedad *Patrimonio, S.p.a.* se relaciona con otra entidad regulada para salvaguardar su integridad, *Infrastrutture, S.p.a.*, destinada a la realización de una serie de iniciativas, prevalentemente financieras, para el impulso de la efectiva actuación de un programa de infraestructuras de interés público. Inicialmente, se preveía que la transferencia de bienes de la sociedad *Patrimonio* a *Infrastrutture* sólo podía hacerse a título oneroso<sup>494</sup>, para así remarcar la separación existente entre ambas. No obstante, la modificación realizada al respecto dejó claro que la transferencia de bienes a ésta o a cualquier otra sociedad puede realizarse únicamente a título oneroso.

No se encuentran elementos que clarifiquen la relación entre *Patrimonio, S.p.a.* y las restantes sociedades públicas estatales que tienen la finalidad de valorizar y

---

<sup>494</sup> TERRACCIANO, G., *Il demanio quale strumento di finanza...*, *op. cit.*, p. 114, indica que la precisión de transferencia onerosa de acciones parecía innecesaria, pues teniendo la misión de enajenar, gestionar y valorizar el patrimonio del Estado, la sociedad tenía la posibilidad de ceder los bienes a la sociedad *Infrastrutture* o a cualquier otra. «Va ricordato che il comma 12 dell'articolo 7 citato nell'originaria versione del provvedimento si limitava ad ammettere esplicitamente la possibilità di un trasferimento dei beni dalla società *Patrimonio, S.p.a.* alla società *Infrastrutture, S.p.a.* La precisazione appariva pleonastica in quanto la *Patrimonio, s.p.a.* avendo il compito di alienare, gestire e valorizzare il patrimonio dello Stato, aveva certamente anche la possibilità di cedere alla *Infrastrutture, s.p.a.*, come qualsiasi altra società, i propri beni».

gestionar determinados bienes muebles e inmuebles pertenecientes al Estado. Lo que no quiere decir que las mismas sean inexistentes. Así, por ejemplo, pueden citarse dos sociedades: por un lado, la sociedad SIBEC (*Società Italiana per i Beni Culturali*) prevista por el *Ministro per i beni culturale e ambientali*, con el objeto de conseguir la promoción y el mantenimiento financiero, técnico, económico y organizativo de proyectos y otras inversiones para la realización de intervenciones de restauración, recuperación y valorización de los bienes culturales. Esta sociedad fue sustituida en el año 2003 por ARCUS (*Società per lo sviluppo dell'arte, della cultura e dello spettacolo*) con tareas similares. Por otro, la entidad constituida con participación mayoritaria de la *Agenzia del demanio* y otros sujetos públicos con el objeto de ejecutar actividades conexas a las prestaciones de servicio instrumentales de apoyo al ejercicio de las funciones públicas atribuidas a la *Agenzia del demanio*.

### 5.2.3. Privatización y enajenación de bienes

Otro de los fenómenos que se ha puesto en evidencia es la adopción de procedimientos de enajenación y privatización, que lamentablemente no constituyen resultados de un análisis costes/beneficios, sino que se ha recurrido a ellos porque era necesario y urgente actuar para reducir el endeudamiento.

El factor que ha dado verdadero impulso al proceso de privatización del patrimonio público coincide con la apremiante exigencia de saneamiento de las cuentas públicas, derivada de las reglas de estabilidad del ordenamiento jurídico europeo<sup>495</sup>. Sobre este punto merece la pena destacar que las disposiciones en la materia han tenido como primer y útil efecto el consentir la inscripción en el balance anual de previsión las sumas que se estimaban derivadas de su concreta aplicación, es decir, la cuantificación provisional de los efectos financieros de las normas, e incidir positivamente sobre los saldos para permitir el ingreso en la Unión Europea y no en la caja del Estado.

Se puede observar que la privatización inicialmente estaba sólo orientada únicamente a acabar con el endeudamiento público, pero que posteriormente se ha modificado su sentido, dirigiéndose a un correcto y completo conocimiento de los activos inmobiliarios y a la valoración, caso por caso, de su mejor gestión. En otras

---

<sup>495</sup> MERCATI, L., *Pubblico e privato nella valorizzazione del patrimonio immobiliare*, Giappichelli editore, Torino, 2000, p. 17, precisa que: «*Questa affermazione, presente in quasi tutti gli studi che si sono occupati della privatizzazione del patrimonio immobiliare, è senza dubbio corretta, ma non evidenzia, per la sua eccessiva sinteticità, come si siano effettivamente composte le linee dell'indirizzo politico ed economico in materia di privatizzazione, nonché le scelte relative alle metodologie ed agli strumenti per la sua concreta attuazione*».

palabras, contra la rápida disminución de los bienes y al hecho de considerar que la casi totalidad de la propiedad estatal no es fructífera, pero supone un elevado gasto, se ha acudido en los últimos años a la progresiva inserción de elementos ya no dirigidos a la eliminación, sino a la racionalización y a la valorización del patrimonio.

La necesidad de sanear las cuentas públicas se ha convertido en una especie de interés público inminente, que ha impuesto verificar la persistencia real de los intereses públicos preexistentes vinculados al destino de los bienes. Esto quiere decir, por un lado, que las necesidades de la finanza pública y la utilización económica de los bienes son intereses públicos y, por otro, que estos nuevos intereses no conducen automáticamente a la desaparición de cada destino público originario y, en consecuencia, a dejar de ser de pertenencia pública.

Todo ello desencadena en la necesidad de procedimientos para cada bien o grupo de bienes, analizando la afirmación, la negación o la posible convivencia de los intereses públicos a ellos conectados, y coincidiendo o no con la utilización económica de los propios bienes<sup>496</sup>. El resultado de esta verificación no siempre determina el mantenimiento o la eliminación de la naturaleza pública. En el caso en que los dos intereses muestren capacidad de convivencia será posible defenderlos simultáneamente. No puede pasarse por alto que el mantenimiento o la modificación de la propiedad originaria son fruto de una valoración de mera oportunidad, en el sentido de la búsqueda de la solución que consiga satisfacer los intereses del modo más eficiente, pero eso no puede ocasionar la eliminación de la propiedad pública, basándose en motivos arbitrarios.

No faltan, por ello, análisis sobre la relación entre el destino público del bien y su destino económico, individualizando los modelos de su posible coexistencia e investigando la tipología de bienes públicos, de los cuales emergen los aspectos más particulares de aquella relación y de esos modelos.

Debe destacarse que la doctrina propone la distinción entre privatización sustancial y privatización formal de los bienes. En la primera desaparece la propiedad pública y cualquier destino público. En la segunda, el traspaso del bien a la titularidad privada está acompañado del mantenimiento del destino público, garantizado por una serie de normas que regulan y tutelan, conceptualmente independientes de los

---

<sup>496</sup> MERCATI, L., *Pubblico e privato nella valorizzazione...*, op. cit., p. 20.

tradicionales regímenes limitativos de la comerciabilidad y de la circulación de los bienes.

#### 5.2.4. Marco normativo de referencia de la privatización

Las intervenciones legislativas que han caracterizado en estos últimos años al proceso de privatización de los bienes públicos muestran un marco normativo que, en lugar de repensar las reglas del régimen jurídico para adaptarlas a la concepción moderna de la propiedad pública, se preocupa por modificarlas o integrarlas con la finalidad de persecución de los intereses financieros del Estado<sup>497</sup>.

Queda así pues demostrado que todas leyes que se han ocupado de la privatización de los bienes públicos tienen como premisa la explícita referencia a la finalidad de mejorar los saldos de la economía pública.

La cuestión específica se encuentra particularmente en las Leyes núm. 410/2001 y 112/2002. Con la Ley núm. 410/2001 de conversión del Decreto-ley núm. 351/2000 se dispone la decisión por parte del Ministerio de Economía de la constitución de la sociedad de responsabilidad limitada para operaciones de titulización (*Società per azione a responsabilità limitata per operazioni di cartolarizzazione, SCIP, S.r.l.*). Y con la Ley núm. 112/2002, de conversión del Decreto-ley núm. 63/2002, se instituye una sociedad enteramente participada por el Ministerio de Economía, *Patrimonio, S.p.a.* para la gestión, titulización valorización y enajenación del patrimonio público y la sociedad *Infrastrutture, S.p.a.* participada por la *Cassa depositi e Prestiti*, con la tarea de financiar infraestructuras. La Ley núm. 112/2002 había previsto un nexo funcional entre las dos sociedades mediante la cesión a título oneroso de los bienes de *Patrimonio, S.p.a* a *Infrastrutture, S.p.a.*

A esto se añade, para las Regiones y los Entes locales, la Ley núm. 289/2002, que prevé el mismo modelo de sociedad, que introduce la necesidad de urgencia en la consecución de los objetivos de la economía pública mediante la enajenación de bienes integrantes del patrimonio público, legitimando a la *Agenzia generale del demanio*, derogando las normas de contabilidad del Estado, a vender ciertos inmuebles.

---

<sup>497</sup> COLOMBINI, G., *La nozione flessibile di proprietà...*, op. cit., p. 49, argumenta que: «Gli interventi legislativi che hanno caratterizzato in questi ultimi anni il processo di privatizzazione dei beni pubblici evidenziano una cornice normativa che, invece di ripensare le regole del regime giuridico per renderle funzionali ad una concezione moderna della proprietà pubblica, si preoccupa di modificarle o di integrarle soltanto per il perseguimento dell'interesse finanziario dello Stato divenuto, a seguito dei vincoli comunitari imposti ai bilanci pubblici dal trattato di Maastricht, di rilevanza nazionale e sovranazionale».

Este último aspecto se regula también en la Ley núm. 326/2003, de conversión del Decreto-Ley núm. 269/2003, que disciplina la cesión de edificios administrativos mediante venta privada por la *Agenzia del demanio*. En esta Ley se prevé la valorización a través de instrumentos societarios o a través de la autorización a la *Agenzia del demanio* para vender los bienes inmuebles del Estado susceptibles de uso turístico a *Sviluppo Italia, S.p.a.*

A esta modalidad de valorización indirecta, la norma agrega otra que en lugar de acudir a la venta pura y simple de los bienes, cuya recaudación debería ser utilizada para valorizar los bienes que permanecen en propiedad pública, prefigura la constitución obligatoria de una sociedad de transformación urbana con los entes locales en cuyo territorio insisten los bienes anteriores.

El marco normativo de la privatización no puede estar completo si no se menciona el Decreto-Ley núm. 41/2004 convertido en la Ley núm. 104/2004, que disciplina la modalidad del reembolso por parte de los sujetos originariamente propietarios por el mayor precio eventualmente pagado por los adquirentes por la venta ya concluida.

En este ámbito, deben también citarse las Leyes núm. 311/2004 y 266/2005. La primera vuelve a proponer el modelo de la venta en bloque de las cuotas indivisas de bienes inmuebles, de los derechos reales sobre inmuebles de los cuales el Estado es propietario, así como la venta de los bienes no adjudicados. En cuanto a la gestión del proceso de privatización, la norma asigna a la *Agenzia del Demanio* la racionalización, optimización y programación de los gastos públicos.

La Ley núm. 266/2005, continuando con el proceso de privatización, respeta el marco jurídico existente, introduciendo únicamente algunas modificaciones de relevancia: 1) la disolución de *Infrastrutture, S.p.a.* para la incorporación en la *Cassa depositi e prestiti*<sup>498</sup>; 2) la admisión de la enajenación de bienes inmuebles de *Ferrovie*,

---

<sup>498</sup> Indica COLOMBINI, G., *La nozione flessibile di proprietà...*, op. cit., p. 54, que «Nel caso dello scioglimento di *Infrastrutture, S.p.a.* appare evidente che tale disposizione implica, come è avvenuto in passato per lo scioglimento degli enti inutili, un implicito riconoscimento della inutilità del modello societario prefigurato dall'art. 8 della legge n. 112/2002, nonché la totale inadeguatezza dello stesso al perseguimento dei fini di sviluppo economico, valorizzazione, dismissione e cartolarizzazione del patrimonio pubblico enunciati dalla legge».

*S.p.a.*; 3) la venta de inmuebles destinados al uso gubernativo y su reutilización mediante contratos de arrendamiento<sup>499</sup>.

En una perspectiva diversa, se sitúa la Ley núm. 296/2007. En ella no se contienen disposiciones inherentes a la privatización y a la valorización de los bienes públicos en la modalidad de la titulización, fondos inmobiliarios y enajenaciones directas, sino que se recurre a la tradicional concesión como instrumento prioritario de utilización y valorización de los bienes públicos. En particular, se prevé que la concesión que tenga por objeto la valorización de los bienes demaniales pueda tener una duración de treinta y cincuenta años<sup>500</sup>. Se trata de concesiones que implican la realización por parte del concesionario de obras y servicios destinados a la satisfacción de los intereses públicos y así pues de concesiones que, utilizando también la aportación de capital privado (*Project financing*), garantizan el destino público del bien, mediante una modalidad diversa de privatización, que puede configurarse precisamente por la custodia del bien encomendada al concesionario por un tiempo determinado.

Por último, ha de hacerse referencia a la privatización de los bienes en el ámbito local y regional; materia que ha sido abordada por la Ley núm. 133/2008, la cual se refiere al reconocimiento y a la valorización del patrimonio inmobiliario de las Regiones, municipios y otros Entes locales. En concreto, dispone que los Entes proporcionen el reconocimiento a los efectos de la redacción del plan de las ventas, y que la inserción de los bienes en este plan determine la consecuente clasificación como patrimonio disponible.

La disposición análoga a la del art. 3 de la Ley 410/2001 para la parte relativa a la fórmula «*La inclusión de los bienes en (...) determina la salida al patrimonio disponible*», en realidad se refiere a un caso sustancialmente distinto. De hecho, el plan de ventas se trata de un documento cuya aprobación por parte del *Consiglio comunale*

---

<sup>499</sup> COLOMBINI, G., *La nozione flessibile di proprietà...*, op. cit., p. 56, precisa: «*Si tratta, come è evidente di una modalità che richiama una concezione flessibile della proprietà che in ragione del tempo, dell'oggetto, del titolare e della funzione porta a riconoscere che l'alienazione di un bene non necessariamente determina la perdita definitiva del diritto. Resta il fatto che operazioni del genere richiederebbero sul fronte giuridico una nuova cornice regolatoria della proprietà pubblica che ad oggi non c'è, mentre sul versante dell'interesse finanziario l'effetto certo che ne deriva è quello che, a fronte di una entrata una tantum conseguente alla vendita del bene, si introduce una spesa fissa pluriennale per fitti passivi che va ad incidere anche sui bilanci futuri determinando un fattore di rigidità della spesa corrente che mal si concilia con gli obiettivi di miglioramento dei saldi della finanza pubblica*».

<sup>500</sup> CAPUTI JAMBRENGHI, V., «Beni pubblici e interesse finanziario», *Rivista Diritto Amministrativo*, núm. 2, 2007, p. 185, sostiene que «*Il legislatore dunque, attraverso lo strumento concessorio, torna ad inserire la fruizione sociale nel fenomeno della mise en valeur del demanio*».



constituye, por expresa disposición legislativa, una variante urbanística. En esencia, el plan de las ventas es el resultado de un proceso de toma de decisiones en el cual los órganos de gobierno de la entidad deciden el nuevo destino urbanístico de los bienes y de los terrenos sobre el territorio de su competencia, incluidos los bienes y terrenos públicos. En este contexto, la disponibilidad deriva, por tanto, de la ausencia de motivos relacionados con el gobierno del territorio.

Junto a esta modalidad de privatización de los bienes de los Entes territoriales que, lógicamente, además de los intereses públicos relacionados con el gobierno del territorio, persigue también los intereses financieros en relación con el equilibrio del balance, la norma prevé también la privatización mediante el otorgamiento de los bienes de los Entes territoriales a los fondos comunes de inversión inmobiliaria, esto es, a los fondos inmobiliarios públicos expresamente constituidos según lo que disponen los arts. 4 y siguientes de la Ley núm. 410/2001 para los fondos inmobiliarios públicos estatales. Es evidente que esta disposición situada en el contexto del art. 58 no tiene el objetivo de extender a las Regiones y a los Entes locales los fondos inmobiliarios, sin embargo, desde hace tiempo se ha utilizado por los mismos Entes para extender el destino de los bienes a una finalidad pública, como ha ocurrido en el primer fondo inmobiliario público estatal cuando entre los bienes transferidos se han incluido los inmuebles de uso gubernativo. Por supuesto, produciéndose para estos Entes los riesgos financieros y jurídicos que se han ocasionado y a los que ha debido hacer frente el Estado.

Por último, también se incluye dentro de la privatización para la valorización la racionalización del empleo de los bienes públicos. Así, se abandona la enajenación como solución para pasar a incluir el criterio de la previa verificación de conformidad con los destinos existentes.

## **6. LOS BIENES CULTURALES: EJEMPLO DE VALORIZACIÓN**

La valorización de los bienes culturales es una cuestión que se comenzó a abordar en 1998 cuando el Decreto-legislativo núm. 112, de 31 de marzo de 1998, reconoció la valorización como un ámbito funcional provisto de una identidad propia, que comporta un conjunto de instrumentos procesales y organizativos.

Si bien no se han alcanzado todos los objetivos propuestos, sí han quedado resaltados diversos factores que ocasionan una inadecuación del régimen de los bienes públicos, así como la dificultad de innovar en la materia. Entre estas causas, pueden citarse el régimen de la demanialidad pública que ha privado a los bienes de

valor económico, permitiéndoles únicamente servir para satisfacer intereses públicos; la excesiva amplitud de la noción de bien demanial, que sujeta a una regulación demasiado rígida obstaculiza su utilización; así como la no siempre justificada flexibilidad de la categoría de los bienes patrimoniales indisponibles, que dificulta la circulación de los bienes públicos.

## 6.1. REGULACIÓN JURÍDICA

La valorización de los bienes culturales se contempla hoy expresamente en el *Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*<sup>501</sup>, de 22 de enero de 2004, que distingue entre la valorización llevada a cabo por iniciativa pública y la realizada por iniciativa privada, precisando que la primera se ajusta a los principios de libertad de participación, pluralidad de sujetos, continuidad de ejercicio, igualdad de tratamiento, economía y transparencia de la gestión<sup>502</sup>; mientras que la segunda, a la que se reconoce la finalidad de solidaridad social es considerada una actividad socialmente útil<sup>503</sup>. Tanto la cooperación entre sujetos públicos como la colaboración entre éstos y los privados son elementos centrales en la proyección y desarrollo de las funciones y actividades de valorización de los bienes culturales. Por este motivo, es interesante destacar su ejemplo<sup>504</sup>.

---

<sup>501</sup> El art. 6 del Decreto-legislativo 42/2004 dispone que la valorización consiste en el ejercicio de las funciones y en la disciplina de la actividad dirigida a promover el conocimiento del patrimonio cultural y asegurar las mejores condiciones de utilización y de disfrute público del patrimonio mismo, con el fin de promover el desarrollo de la cultura. Comprende también la promoción y el mantenimiento de los bienes culturales. En concreto señala: «*esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso, al fine di promuovere lo sviluppo della cultura*», «*comprende anche la promozione ed il sostegno degli interventi del patrimonio culturale*».

<sup>502</sup> El art. 112, apartado 4, del Código de bienes culturales y del paisaje afirma, en particular, que «*Lo Stato, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali stipulano accordi per definire strategie ed obiettivi comuni di valorizzazione, nonché per elaborare i conseguenti piani strategici di sviluppo culturale e i programmi, relativamente ai beni culturali di pertinenza pubblica. Gli accordi possono essere conclusi su base regionale o subregionale, in rapporto ad ambiti territoriali definiti, e promuovono altresì l'integrazione, nel processo di valorizzazione concordato, delle infrastrutture e dei settori produttivi collegati*».

<sup>503</sup> Como prevé el apartado 5 del mismo art. 112, la actividad de valorización puede concretarse también en la constitución de sujetos jurídicos adecuados, a los cuales encomendar la elaboración de actuaciones estratégicas de desarrollo cultural. Con ellos pueden colaborar los privados, tanto propietarios de los bienes susceptibles de ser valorizados como las personas jurídicas privadas sin fines de lucro, incluso cuando no dispongan de bienes culturales que sean objeto de la valorización, a condición de que la intervención en tal sector de actividad esté previsto por la Ley (art. 112.8).

<sup>504</sup> IMPERIALE, F., *Processi di valorizzazione del patrimonio culturale e sviluppo aziendale*, Cacucci Editore, Bari, 2006, p. 10, apunta que previamente debe otorgarse una definición del patrimonio cultural; definición que en Italia se plasma en la *Dichiarazione I degli Atti della Commissione Franceschini*

Sin embargo, la cuestión no fue siempre tan clara. Desde el punto de vista legislativo, la valorización es una reciente incorporación jurídica, basada anteriormente en la cultura de la conservación<sup>505</sup>.

El único modo reconocido para potenciar el patrimonio cultural, como generador de valor material, tuvo que esperar hasta los años ochenta; momento en que la atención no sólo se centró en los posibles beneficios macroeconómicos, sino que se observó que la cultura puede tener una función crucial para el mantenimiento de la innovación tecnológica y científica y -en definitiva- para el propio modelo de desarrollo de la economía nacional<sup>506</sup>. Sólo en la medida en que el bien cultural sea concebido como una conveniencia económica, se hace posible admitir una operación cuyos recursos puedan ser destinados a su conservación.

El tratamiento recibido durante la última parte del siglo consiste así pues en pasar primero del valor ideal y, especialmente, estético de los productos históricos y artísticos al valor documental de los bienes culturales. En consecuencia, se observa un cambio del valor en sí al valor de uso; de los bienes de pertenencia a los bienes de disfrute; de la tutela suficiente por sí misma a la valorización como finalidad primaria y presupuesto democráticamente necesario.

---

(1967), instituida como Comisión de investigación en orden a establecer las condiciones que deben cumplir los bienes histórico-artísticos y el paisaje. Según la misma: *«Appartengono al patrimonio culturale della Nazione tutti i beni aventi riferimento alla storia della civiltà. Sono assoggettati alla legge i beni di interesse archeologico, storico, artistico, ambientale e paesistico, archivístico e librario»*.

<sup>505</sup> MONTELLA, M., «Nozioni di cultura e di bene culturale: una modificata prospettiva», GOLINELLI, G.M. (coord.), *Patrimonio culturale e creazione di valore verso nuovi percorsi*, Cedam, Padova, 2012, p. 42, explica que *«Difatti, il termine valorizzazione (probabilmente un calco del mise en valeur utilizzato nella legge francese n. 62.903, del 4 agosto 1962) apparve per la prima volta in un testo di legge solo nel 1964 (L. 310 istitutiva della “Commissione Franceschini, ma senza trovarvi una distinta definizione giuridica). Lo stesso avviene nel 1974 e 1975, con i decreti di istituzione e di organizzazione del ministero per i beni culturali e ambientali (D.L. 657/74; D.P.R. 805/75), e nel 1977, quando l’articolo 48 del D.P.R. 616 stabilì che una nuova legge di tutela, da emanare in sostituzione della 1089/39, avrebbe dovuto stabilire” le funzioni amministrative delle regioni e degli enti locali in ordine alla tutela e alla valorizzazione»*.

<sup>506</sup> MONTELLA, M., «Nozioni di cultura e di bene culturale: una modificata prospettiva», GOLINELLI, G.M. (coord.), *Patrimonio culturale e creazione di valore...*, op. cit., p. 44, *«Da allora il tangibile beneficio dalla valorizzazione prende posto stabilmente nel dibattito culturale e politico, pero altro molti adducendo che il valore in se dei beni culturali non sarà mai tanto grande da giustificare volumi crescenti, o semplicemente dignitosi, di spesa per tale settore e che le risorse economiche necessarie alla conservazione non ci saranno mai, finchè non ne viene evidenziata la valorizzazione economica»*.

## 6.2. COMPETENCIAS EN EL PROCESO DE VALORIZACIÓN DE LOS BIENES CULTURALES

Las competencias para la valorización del patrimonio cultural se reparten entre el Estado y las Regiones en una doble dirección: horizontalmente, según el criterio de pertenencia de los bienes y, verticalmente, según la fórmula establecida en la legislación competente. En efecto, el art. 112.2 del Código de bienes culturales y del paisaje afirma: *«La legislazione regionale disciplina le funzioni e le attività di valorizzazione dei beni presenti negli istituti e nei luoghi della cultura non appartenenti allo Stato o dei quali lo Stato abbia trasferito la disponibilità sulla base della normativa vigente»*<sup>507</sup>.

Ello comporta que los arts. 112 a 115, al regular en términos generales la valorización y las formas de gestión de los bienes culturales de pertenencia pública, establezcan reglas aplicables íntegramente sólo para los bienes propiedad del Estado, y fijen para los restantes bienes únicamente algunos principios fundamentales.

A las Regiones se les reconoce una potestad general de disciplina de la valorización de los bienes, respecto de la cual el Código establece la exigencia de asegurar una integración entre la oferta de los servicios culturales pertenecientes a los diversos entes territoriales y/o los privados; la necesidad de un programa coordinado de iniciativa, desarrollado según el método de la *concertazione*; la gestión asociada de todas las funciones atinentes a la ejecución de los programas, a la gestión del servicio y a la actividad instrumental; y el favorecimiento de la colaboración privada.

## 6.3. FINALIDADES

La valorización del patrimonio cultural puede perseguir distintas finalidades<sup>508</sup>:

1ª. Cultural, si el proceso de valorización pretende incrementar el capital cultural de la población de referencia, en términos de cultura personal, de nuevas obras de arte, credenciales formativas, actuando sobre componentes de valor artístico, histórico y

---

<sup>507</sup> BARBATI, C., *La cultura e l'arte*, relazione al XVI Convegno Associazione Amministrativisti Italo-Spagnoli (AAIS) sul tema "Le esternalizzazioni", Genova 25-27 maggio 2006, datt.12.

<sup>508</sup> IMPERIALE, F., *Processi di valorizzazione...*, op. cit., p. 27, «È evidente, tuttavia, che mentre la realizzazione di effetti del primo tipo risulta connaturale ad un qualsivoglia processo di valorizzazione del patrimonio culturale, legandosi in maniera diretta a quest'ultimo, il perseguimento di obiettivi di natura sociale ed economica, si pone, al contrario, su un piano differente. Essi, invero, possono trovare concreta realizzazione solo in presenza di un percorso di valorizzazione che porti, rispettivamente, al rafforzamento dell'identità sociale per il tramite di processi di appropriazione sociale, ed all'incremento del valore d'uso diretto e indiretto delle risorse culturali».

cognoscitivo del patrimonio cultural existente. En palabras del Código se dirige a: *«promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione del patrimonio stesso, anche da parte delle persone diversamente abili, al fine di promuovere lo sviluppo della cultura»*, esto es, comprende: *«la promozione e il sostegno degli interventi di conservazione del patrimonio culturale»*.

2ª. Social, si la actuación está dirigida a incrementar el capital social presente en un territorio mediante el desarrollo de referencias culturales para los cuales una persona o un grupo social se definen, manifiesta y desea ser reconocido. El proceso de valorización debe perseguir la finalidad de satisfacción de las necesidades humanas<sup>509</sup>.

3ª. Económico, si las acciones tienen como objetivo incrementar el valor de uso directo e indirecto del patrimonio cultural y mediante esa vía contribuir a la mejora del bienestar económico de un territorio.

#### 6.4. FORMAS DE VALORIZAR

Las actuaciones pueden tener lugar sobre distintas áreas<sup>510</sup>:

1. Conocimiento, para identificar el complejo patrimonio cultural en términos de consistencia material e inmaterial. En concreto, se trata de un conjunto de actividades de estudio e investigación, en las que concurren saberes interdisciplinares, con el objetivo de aumentar el potencial informativo de cada uno de los bienes culturales.

---

<sup>509</sup> IMPERIALE, F., *Processi di valorizzazione...*, op. cit., p. 51, se refiere a las tipologías de necesidades que pueden satisfacer los bienes y servicios culturales:

1. *«Bisogni pubblici collettivi, atti ad identificare il complesso di bisogni espressi dalla collettività circa il valore di capitale identitario attribuito al patrimonio culturale, come l'interesse alla conservazione di opere d'arte, monumenti, manoscritti, ecc., in quanto riferimenti culturali in cui una comunità di soggetti si riconosce e si identifica.*
2. *Bisogni pubblici a domanda individuale, volti ad individuare preferenze pubbliche a domanda individuale, come l'interesse a fruire di uno spettacolo teatrale, di una mostra di opere d'arte, o a visitare un museo, o ancora a consultare archivi, ecc.;*
3. *Bisogni privati individuali, come il bisogno al tempo libero, alla vacanza, all'esperienza culturale, ecc.;*
4. *Bisogni privati collettivi, con ciò volendo identificare i bisogni espressi da aziende e organizzazioni con riferimento all'acquisizione di fattori produttivi ad elevato contenuto culturale, quali ad esempio quelli espressi dai settori del design, dell'editoria, dell'artigianato, dell'agro-alimentare, della cinematografia, della discografia, delle telecomunicazioni, ecc.»*

<sup>510</sup> Sobre este punto, CONSIGLIO NAZIONALE DELLE RICERCHE, Dipartimento Patrimonio Culturale, 2ª Relazione a cura di GRANELLI, A.; PERRI, G. y VIGATO, P.A., Roma, 23 dicembre 2004.

2. Conservación, dirigida a tener cuenta el proceso de diagnóstico e intervención a fin de limitar las condiciones de riesgo que pueden sufrir los recursos culturales y ambientales. La conservación se identifica con un momento crucial en la gestión del patrimonio cultural de un territorio. En efecto, el patrimonio está en continuo riesgo debido al aumento de la contaminación atmosférica y de los desastres naturales.
3. Disfrute, útil para comprender cada tipología de intervención para garantizar el acceso a los recursos y a su disfrute por el mayor número posible de usuarios. Con el término disfrute se pretende determinar las actuaciones útiles a favorecer la transmisión del conocimiento implícito en el patrimonio cultural.

En cuanto a las formas de las mismas, el Código establece en el art. 115 las siguientes:

1. Directa, mediante estructuras organizativas internas de las Administraciones, dotadas de adecuada autonomía organizativa, financiera y contable, y provistas del idóneo personal técnico.
2. Indirecta, por medio de la concesión a terceros de las actividades que producen la valorización. La determinación de la relación entre concedente de la habilitación y concesionario es función del contrato de servicio, en el cual se determinan, entre otros, «*i contenuti del progetto di gestione delle attività di valorizzazione ed i contenuti del progetto di gestione delle attività da assicurare e dei servizi da erogare, nonché le professionalità degli adetti. Nel contratto di servizio sono indicati i servizi essenziali che devono essere comunque garantiti per la pubblica fruizione del bene*».

Las soluciones que se pueden adoptar son diversas y reconducibles a los modelos enumerados a continuación:

- a) *Gestione in economia*, que se realiza cuando el ente público continúa gestionando los bienes y servicios culturales.
- b) *Collaborazione*, que puede ser de dos tipos: institucional, cuando se prevé la gestión de los bienes y servicios culturales con formas organizativas de Derecho privado (fundación, asociación o sociedad), en la que participan

otros entes públicos o sujetos privados; o contractual, fundada exclusivamente en vínculos contractuales entre varios sujetos. La primera puede realizarse a través de la constitución de una entidad gestionada conjuntamente por un sujeto público y otro privado o el traspaso al control privado de una empresa pública ya existente. En cambio, la contractual es reconducible a dos modalidades diferentes: por un lado, el modelo concesional o concesión de servicio público, caracterizado por la relación entre concesionario privado y usuario final, en virtud del cual el privado presta un servicio a la colectividad, pero bajo el control de la Administración pública. Por otro, el modelo de concesión de construcción y gestión, en la cual el concesionario es llamado a realizar y gestionar la obra por cuenta de la Administración.

c) *Esterneizzazione*, que dispone el encargo de la gestión a terceros.

No obstante, la cuestión no es sencilla puesto que la intervención de los sujetos privados implica que éstos desarrollen un papel diferente. Para ello, deben variar los modelos y que se les permita intervenir como parte activa de una relación, en la que sean tenidas en cuenta sus exigencias, y que no sean únicamente considerados como destinatarios pasivos<sup>511</sup>.

El dominio público satisface directamente intereses colectivos. Por ello, la tasa, la contribución impuesta, especial o general, u otras formas de prestaciones patrimoniales representan instrumentos necesarios para hacer frente a las demandas crecientes de la comunidad.

El uso exclusivo de un bien demanial acrece el propio patrimonio jurídico-económico e incide negativamente sobre los demás que son privados del mismo. Por este motivo se justifica la imposición de precios, tarifas, cánones y tasas en casos de utilización exclusiva, debido a la utilidad económica que el concesionario obtiene.

---

<sup>511</sup> BARBATI, C., «La valorizzazione dei beni culturali», in COLOMBINI, G. (dir.), *I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali. Profili di Diritto Interno e Internazionale, atti del Convegno di Pisa, 20 dicembre 2007*, Jovene editore, Napoli, 2009, p. 43, «L'instabilità dei modelli proposti per l'incontro fra il pubblico ed il privato, spesso conseguenza delle cautele opposte dall'amministrazione e, per essa, dal legislatore, all'ingresso dei privati; l'indeterminatezza del disegno generale che, per molti aspetti, specie per quelli relativi alla configurazione del ruolo al quale è chiamato il privato, rinvia a provvedimenti attuativi e definitivi, la cui mancata adozione ne compromette ulteriormente l'identificabilità, impediscono di trovare risposte, che possano considerarsi, di sistema a questa domanda».

## 7. LAS VENTAJAS Y LAS DIFICULTADES DE LA VALORIZACIÓN ITALIANA

Reflexionar sobre la propiedad pública significa hacerlo sobre el uso más idóneo de los recursos colectivos, sin perder de vista que se debe intentar conseguir la maximización de los beneficios de la colectividad, de los seres humanos, como ciudadanos y no sólo como contribuyentes.

Se ha puesto en evidencia la necesidad de hacer emerger, en coherencia con la naturaleza del bien demanial, todos los elementos útiles a fin de mejorar la susceptibilidad de utilización económica de los mismos, sin dañar la afectación.

La valorización pretende la mejora de la gestión ordinaria de los bienes, manteniendo el destino público que éstos tienen encomendado. Con ella se intenta conseguir la reintroducción del patrimonio público en un ciclo productivo, mediante la aplicación de criterios económicos y la utilización de instrumentos del Derecho privado<sup>512</sup>.

Esta corriente supone la plasmación de la vocación económica de los bienes públicos, independientemente de la naturaleza y del régimen al que pertenezcan, y con clara referencia a los principios de rentabilidad, eficiencia, eficacia, publicidad y transparencia (*economicità, efficienza, efficacia, pubblicità y trasparenza*).

Para este propósito, debe valorarse el correcto papel que deben cumplir las Administraciones públicas ya que, como gestoras de los bienes colectivos, deben garantizar el disfrute real por la colectividad, mediante la conjugación de los múltiples intereses presentes, en un intento de superación de la desconexión que existe en esta materia entre ciudadanos e instituciones.

Las innovaciones legislativas permiten observar la evolución de un límite absoluto como la no comerciabilidad hacia previsiones más proporcionadas y funcionalmente adecuadas, puesto que dicha característica ha resultado ser una limitación excesiva, especialmente, para los bienes económicamente utilizables, que no siempre lograba su finalidad. Las normas recientes consienten múltiples modelos de

---

<sup>512</sup> Así lo señala FERRARI ZUMBINI, A., «Valorizzazione, dismissioni e contabilità»..., *op. cit.*, p. 641, precisando que se ha iniciado un camino para cambiar la situación de abandono en la que se encontraba el patrimonio.



gestión más flexibles y adaptados al contexto económico, implicando a sujetos e instrumentos privados.

A pesar de todo ello, la doctrina destaca con razón la gran dificultad de encontrar un equilibrio entre la pretendida valorización y la conservación de los bienes.

Así, se advierte la necesidad de evitar el fenómeno de abandono hasta la total inutilización de los bienes de dominio público, que es una de las posibles consecuencias a las que parece llevar la valorización, si no se adopta correctamente.

Por otro lado, la valorización de los bienes no puede limitarse a la consideración de su coste en términos económicos, sin tener en cuenta otros factores como los objetivos de interés público que están llamados a cumplir.

Los bienes demaniales tienen una vocación natural de satisfacción de las necesidades de la colectividad, por lo que debe cuestionarse tal capacidad de producción de bienestar en términos financieros y contables, sin olvidar ni perjudicar en ningún caso las finalidades públicas.

La afirmación de su falta de valor y la consecuente inexistencia de un precio de cambio se consideran hace ya tiempo definitivamente superadas, pues el demanio ha sido la primera importante fuente de financiación pública.

No obstante, el ordenamiento no ha todavía demostrado el establecimiento de reglas que consientan convertir la oportunidad en utilidad, debido a que la regulación jurídica se ha ocupado más de los detalles. Sería deseable que determinaran las condiciones para una correcta valorización y gestión del dominio público, utilizando los citados principios de proporcionalidad, equilibrio, transparencia, solidaridad y no discriminación.

En resumen, puede concluirse que también en Italia, al igual que en Francia, está teniendo lugar una corriente de explotación y rentabilización de los bienes, que según el momento histórico y político ha sido más o menos instaurada.

En la óptica de la utilización económica de los bienes públicos, se han introducido innovaciones en el ordenamiento jurídico italiano, como la creación de sujetos públicos no territoriales ni propietarios que gestionen los bienes pertenecientes al Estado. Los nuevos instrumentos previstos para la valorización son más flexibles y, sobre todo, consienten una mayor variedad de soluciones respecto a la

regulación anterior que se limitaba a la concesión o al uso gratuito para fines gubernamentales. Esta variedad es un indicador significativo de la transformación que está experimentando el régimen jurídico de los bienes públicos.

De todos ellos merece destacarse la nueva propuesta de clasificación de los bienes, intentando dar solución al acercamiento de las diversas categorías de bienes, que ha estado teniendo lugar, siguiendo distintos recorridos<sup>513</sup>.

Por eso, se defiende una clasificación estricta y tasada de los bienes reservados a la Administración pública, acompañada de una detallada disciplina de las posibilidades de utilización de los bienes; una clarificación de los límites; y la adopción de herramientas que permitan flexibilizar y explotar el dominio público, sin perjudicar la afectación. También en nuestro ordenamiento sería conveniente observar los cambios que merecen las categorías jurídicas existentes para que la clasificación responda no sólo a criterios abstractos, sino también a las nuevas necesidades y demandas por parte de la sociedad.

Sin pasar por alto la regulación jurídica existente, controlar y revisar los bienes para que no desaprovechen las posibilidades que los mismos ostentan, pero, sobre todo, sin que se descuide la afectación.

---

<sup>513</sup> AZZENA, A., «Per una privatizzazione reale e reazionale dei beni pubblici», in COLOMBINI, G. (dir.), *I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali...*, op. cit., pp. 222-223.



**CAPÍTULO V. LA DISTINTA APLICACIÓN DE LA VALORIZACIÓN EN LOS BIENES DEMANIALES, EN LOS BIENES PATRIMONIALES Y EN LOS BIENES PATRIMONIALES AFECTOS**



## 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La corriente de valorización de la propiedad pública no puede aplicarse de igual manera ni con la misma intensidad sobre toda clase de bienes públicos. En efecto, no es posible defender que quepa utilizar esta técnica del mismo modo en los bienes demaniales que en los bienes patrimoniales ya que son objeto de regímenes jurídicos diferentes.

No sólo debe tenerse presente que será distinta la aplicación sobre estas dos clases de bienes, sino que, también, debe precisarse que, por efecto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los bienes públicos ya no están sometidos a dos regímenes jurídicos diferentes<sup>514</sup>, sino a tres: el régimen de los bienes demaniales, el de los bienes patrimoniales materialmente afectados a un uso o servicio público<sup>515</sup> y el de los bienes patrimoniales no afectados. Por esta razón, habrá que analizar cada una de estas tres clases para sustraer separadamente las oportunidades de valorización que ofrecen. Realmente, hasta la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 166/1998, de 15 de julio (cuestión de inconstitucionalidad núm. 2776/1990)<sup>516</sup>, el ordenamiento jurídico

---

<sup>514</sup> En efecto, es errónea la habitual presentación del estudio de los bienes de la Administración sobre la distinción entre dominio público y dominio privado, porque no aclara que en nuestro Derecho todos los bienes están sujetos a un régimen jurídico básico, pleno de exorbitancias y privilegios, derogatorio del régimen de protección civilístico de la posesión y del sistema de acciones civiles. Sobre dicho régimen básico, los bienes demaniales cuentan con un plus de protección y se sujetan a reglas jurídico-administrativas en relación a su utilización, destino y aprovechamiento, pero ello no quita que también los bienes patrimoniales cuentan con un régimen jurídico singular compuesto por exorbitancias y derogaciones, pues la propiedad pública es siempre una propiedad vinculada más o menos directamente al cumplimiento del interés público.

<sup>515</sup> La admisión de la categoría de los bienes patrimoniales materialmente afectados a un fin público viene a refrendar la plena vigencia de la referida teoría de la escala de la demanialidad.

<sup>516</sup> MORENO MOLINA, J.A., «La embargabilidad de los bienes patrimoniales de las corporaciones locales: comentario a la STC 166/1998, de 15 de julio», *Revista de Derecho Social*, núm. 4, 1998, pp. 129-138; RUIZ OJEDA, A., «La ejecución de condenas pecuniarias y el embargo de dinero y bienes de la Administración tras la nueva Ley de lo Contencioso y la Sentencia 166/1998, del Tribunal Constitucional (un comentario a la Sentencia 166/1998, de 15 de julio, del Tribunal Constitucional)», *Revista Española*

atribuía a los bienes públicos sólo dos regímenes distintos: a determinados bienes, los de dominio público, les aplicaba un régimen superprotegido, totalmente exorbitante del civilístico y caracterizado por las notas de inembargabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad; mientras que a los bienes patrimoniales les aplicaba un régimen jurídico unitario, el propio del Derecho civil, aunque con importantes modulaciones. Ahora, en cambio, cabe distinguir tres regímenes: el propio de los bienes demaniales, el de los bienes patrimoniales afectados a un determinado uso o servicio público y el del resto de los bienes patrimoniales<sup>517</sup>.

Por todo lo anterior, es importante examinar cómo puede obtenerse una mayor rentabilidad a partir de los distintos tipos de bienes y en función de las características propias correspondientes a cada caso. Todo ello sin pasar por alto que en la actualidad se observa una nítida tendencia a la difusión de las reglas exorbitantes del dominio público a bienes y derechos que no pertenecen al mismo<sup>518</sup>, colocándolos,

---

*de Derecho Administrativo*, núm. 103, 1999, pp. 423 y ss.; CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., «El privilegio de la inembargabilidad ante el Tribunal Constitucional (un comentario a la STC 166/1998, de 15 de julio)», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 278, 1998, pp. 11 y ss.; GARCÍA GARCÍA, M.J., «El embargo de bienes patrimoniales de las Entidades Locales: examen de la STC 166/1998, de 15 de julio», BAÑO LEÓN, J.M. y CLIMENT BARBERÁ, J. (coords.), *Nuevas perspectivas del régimen local. Estudios en homenaje al profesor Boquera Oliver*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 975 y ss.

<sup>517</sup> MIR PUIGPELAT, O., «¿El fin de la inembargabilidad de los bienes patrimoniales de las Administraciones Públicas? Comentario a la STC 166/1998, de 15 de julio?», *Autonomies, Revista catalana de Derecho público*, núm. 25, 1999, p. 139 y ss., resuelve el interrogante que se plantea sobre la verdadera existencia de bienes patrimoniales afectos, en los siguientes términos: «(...) *partiendo únicamente del Derecho positivo, una lectura precipitada de la normativa española vigente podría hacer pensar que todo bien afectado a un uso o servicio público tiene la consideración de demanial; algunos preceptos, en este sentido, definen a los bienes patrimoniales como aquellos bienes que no se encuentran afectos a un uso o servicio público. Pero una lectura más atenta de dicha normativa pone de relieve que la afectación no es, en el ordenamiento jurídico español, suficiente para que un bien adquiera la condición de demanial. En efecto, para que un bien forme parte del dominio público es preciso que, además de la afectación concurre alguno de los siguientes requisitos adicionales: que una ley o un acto administrativo lo califique expresamente de demanial; que el bien haya sido adquirido mediante expropiación forzosa; que se haya aprobado de forma definitiva un plan de ordenación urbana o un proyecto de obras y servicios; que el bien esté adscrito a un uso o servicio público o comunal durante más de veinticinco años; o que el bien, adquirido por la Administración, a través de usucapión, viniera siendo destinado a un uso o servicio público o comunal. Por tanto, en ausencia de alguno de estos requisitos adicionales, el bien público que se encuentre afecto a un uso o servicio público tendrá necesariamente la condición de patrimonial*».

<sup>518</sup> Dicha tendencia ha sido claramente refrendada por la LPAP, que predica de forma conjunta y genérica el ejercicio de las facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos tanto en relación con los bienes y derechos de naturaleza demanial como patrimonial y que, al fin y al cabo engloba a ambas categorías en el género común de los “bienes públicos”. Indica CHICHILLA MARÍN, C., *Bienes patrimoniales del Estado...*, *op. cit.*, p. 53, que «Este fenómeno de aproximación mutua del régimen jurídico de los bienes patrimoniales y demaniales y, por consiguiente, de debilitamiento de la rígida separación entre las dos categorías en las que nuestras leyes clasifican los bienes públicos ha tenido su punto culminante, por lo que la jurisprudencia se refiere, en la Sentencia del Tribunal Constitucional

injustificadamente, a todos ellos en la misma situación y sujetándolos a idénticos postulados<sup>519</sup>.

Asimismo, se produce simultáneamente un fortalecimiento de los privilegios sobre los bienes públicos, que debería ser correctamente fundamentado, ya que implica una reducción del ámbito de la propiedad de Derecho privado y, consecuentemente, una reducción del ámbito permitido al libre mercado de los bienes.

## **2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚM. 166/1998, DE 15 DE JULIO**

### **2.1. INTRODUCCIÓN**

Antes de iniciar el análisis de la concreta aplicación de la valorización sobre las distintas clases de bienes, conviene recordar cómo fueron introducidos los bienes patrimoniales afectos en nuestro ordenamiento jurídico. Para ello, ha de traerse a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 166/1998, de 15 de julio, que reconoce dicho grupo intermedio.

---

*166/1998, de 15 de julio. En esta Sentencia, el Tribunal se refiere insistentemente, aunque no utilice este término, a la crisis de la división de los bienes públicos en patrimoniales y demaniales y lo hace utilizando una forma impersonal con la que, seguramente, se está refiriendo a la doctrina: “se ha dicho que, pese a su raigambre histórica, quizás sólo posea en la actualidad un cierto carácter mítico”; “se ha puesto de relieve, además, que la distinción se relativiza”; “se ha sostenido que las Administraciones Públicas han de contar con bienes de distinta naturaleza para el cumplimiento de sus diversas funciones” (STC 166/1998, de 15 de julio, Fundamento jurídico 11)».*

<sup>519</sup> Debe traerse nuevamente aquí la imagen proverbial de la «escala de la demanialidad» formulada por DUGUIT para explicar las diferencias existentes entre las diversas categorías de los bienes de dominio público e intentar corregir la excesiva extensión de los bienes demaniales: «*Es un error grave creer que todas esas cosas están en la misma situación y sujetas a las mismas reglas; y es aquí donde aparece la escala de la demanialidad. Según la naturaleza de las cosas, la categoría del servicio, el modo de afectación o de empleo, la demanialidad es diferente, el régimen jurídico no es el mismo, las reglas que se aplican son diversas; la noción de servicio público es siempre la que establece el principio director*». En este sentido, LÓPEZ RAMÓN, F., *Sistema jurídico de los bienes públicos...*, op. cit., p. 52, parte de la idea de la escala de la demanialidad y la aplica de manera más amplia configurando una escala de la publicidad de las cosas a fin de referir los distintos grados de relación con la esfera pública que éstas representan. «*La escala de la publicidad y sus límites negativo y positivo nos proporcionan criterios jurídicos para delimitar el ámbito de las cosas públicas, es decir, criterios para comprender no sólo y en su caso condicionar el alcance de los modernos (y contradictorios) procesos de expansión, fortalecimiento o privatización de las cosas públicas. La mencionada escala nos facilita una guía para comprender la intensidad de las potestades públicas de regulación y apropiación de las cosas, sino también un instrumento para calibrar el ajuste de tales potestades al ámbito de necesario desenvolvimiento de la propiedad privada en función de las utilidades públicas que prestan las cosas. Bajo la óptica del Derecho, los límites de la escala funcionan como conceptos jurídicos indeterminados, cuya concreción puede generar situaciones de incertidumbre y requiere siempre examinar las circunstancias del caso concreto*».



Desde una perspectiva formal, debe considerarse su estudio, tanto por los argumentos que se vierten acerca del instituto jurídico de la inembargabilidad<sup>520</sup> de los bienes patrimoniales, como por aquéllos que se pronuncian sobre la autotutela ejecutiva.

La presente Sentencia resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Burgos en relación con los núms. 2<sup>521</sup> y 3<sup>522</sup> del art. 154 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, por supuesta vulneración de los arts. 24.1, 117 y 118 de la CE. Este pronunciamiento es el que supone romper con la secular embargabilidad de los bienes patrimoniales dirigida a garantizar la ejecución de las sentencias en las que la Administración ha resultado condenada<sup>523</sup>. No obstante, con anterioridad ya existían algunos argumentos, en este sentido. Entre ellos, merece destacarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, de 9 de mayo de 1997<sup>524</sup>.

---

<sup>520</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., *Los bienes públicos: régimen jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 71, aclara que la inembargabilidad se sanciona respecto de los bienes de dominio público y de los comunales, con el máximo rango normativo. Todo ello con la finalidad esencial de proteger la integridad del patrimonio público, incluso frente a los acreedores de la Administración.

<sup>521</sup> La redacción originaria de este precepto que se entiende vulnerada en el caso disponía: «*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 local ni exigir fianzas, depósitos y cauciones a las Entidades Locales*».

<sup>522</sup> Este segundo precepto cuestionado afirmaba: «*El cumplimiento de las resoluciones judiciales que determinen obligaciones a cargo de las Entidades locales o de sus Organismos Autónomos corresponderá exclusivamente a las mismas, sin perjuicio de las facultades de suspensión o inejecución de sentencias previstas en las leyes*».

<sup>523</sup> Es conveniente mencionar, como hace MARTÍNEZ CALVO, J., «El régimen patrimonial y los privilegios», RECUERDA GIRELA, M.A. (dir.), *La morosidad del sector público*, Thomson Reuters, Navarra, 2012, p. 650, que ya antes de la Sentencia 166/1998 existían dos excepciones al principio general de inembargabilidad: «*En primer lugar la excepción de ejecutividad de los bienes ofrecidos por las Administraciones públicas en garantía real de obligaciones: la Ley de régimen local de 1955 establecía que cabía una exigencia de procedimiento de apremio contra bienes pignorados o hipotecados a favor de deudores. En segundo lugar las habilitaciones para ejecuciones de bienes para el cumplimiento de deudas entre Administraciones públicas y, en concreto, la posibilidad que tiene la Administración General del Estado desde la Ley de presupuestos de 1984 para compensar deudas con otras Administraciones públicas y, en la práctica, retener las transferencias presupuestas previstas desde los PGE a favor de las Entidades locales*».

<sup>524</sup> Su Fundamento Jurídico quinto estableció: «*Suponer para todos los bienes referidos un bloque monolítico invulnerable y no accesible a la realización del embargo, supondría desconocer el trazado de la Constitución en la que debe verse la tradicional distinción de bienes de patrimonio indispensable, bienes demaniales y bienes del patrimonio disponible los cuales son susceptibles de ejecución, ya que de la lectura del art. 132 no puede obtenerse otra conclusión que la siguiente: sólo la afectación de hecho, real y efectiva de los bienes al uso o al servicio público impide el embargo, de tal manera que si un bien concreto y determinado de la Administración no goza del beneficio específico de la inembargabilidad (bienes comunales, bienes de dominio público), ese bien, a partir de la Constitución es embargable y*

## 2.2. ANTECEDENTES DE HECHO

Pasando ahora sí a examinar el contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 166/1998, que es la que deroga la regla general de la inembargabilidad, ha de comenzarse por sus antecedentes que se sitúan en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Burgos, de 28 de julio de 1988, recaída en incidente dimanante del juicio de interdicto núm. 439/1987, por la que se condenó al Ayuntamiento de esa localidad al pago de una determinada cantidad de dinero a favor de una entidad mercantil<sup>525</sup>.

En fase de ejecución fue requerido el pago a la Administración local sin que lo satisficiera, por lo que el Juzgado acordó que se procediera a retener la cuenta del Ayuntamiento, primero en la Tesorería del Banco de España y, posteriormente, en el Banco de Crédito Local. Dejada sin efecto la retención, la sociedad recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional, dando lugar al auto núm. 213/1990 -RTC 1990/213- y reiteró ante el Juzgado su petición de ejecución de la sentencia condenatoria, solicitando que a este fin se procediera alternativamente al embargo<sup>526</sup> de un solar de propiedad municipal, o a la retención y congelación de todas sus cuentas bancarias. Respecto a

---

enajenable en pública subasta, no pudiendo tener la Administración respecto de los bienes patrimoniales una posición diversa (...).

<sup>525</sup> Como señala VÁZQUEZ SELLÉS, S., «La inembargabilidad de los bienes de las entidades locales y el derecho a la tutela judicial efectiva. La Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1998, de 15 de julio», *Actualidad Administrativa*, núm. 12, 1999, pp. 319-320, «Cada vez nos resulta menos sorprendente la intervención de este tipo de entidades en lo que constituye el tráfico mercantil, bien directamente, bien a través de distintos entes públicos y privados ya sean dependientes o participados económicamente por ellas. Todo ello ha supuesto que igualmente sean cada vez más frecuentes las ocasiones en que las Administraciones Públicas, y dentro de ellas las entidades locales, son llevadas ante los Tribunales de Justicia por motivo de las deudas contraídas en estas operaciones, siendo condenadas por éstos al pago de importantes sumas a favor de los particulares acreedores. Y es entonces cuando surge el enfrentamiento entre el derecho de estos acreedores a ver satisfecha la deuda que les reconoce una resolución judicial firme y, por otro lado, las históricas prerrogativas que el ordenamiento jurídico ha venido confiriendo a las Administraciones Públicas, en torno a la inembargabilidad de sus bienes».

<sup>526</sup> PÉREZ SARRIÓN, L., «La Sentencia 166/1998 del Tribunal Constitucional: un cambio de rumbo doctrinal en el tratamiento de la inembargabilidad de los bienes patrimoniales de las Entidades Locales», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 3, 1999, p. 375, señala que «el apremio sobre el patrimonio constituye uno de los medios de ejecución forzosa que, en el plano del actuar de las Administraciones Públicas, faculta utilizar a éstas el art. 95 de la LRJPAC para que, mediante el apremio sobre el patrimonio del deudor, posibilite finalmente la ejecución del acto administrativo a través del embargo de bienes y derechos con los que poder hacer frente a la deuda contraída con aquéllas. Pero la Administración también puede ocupar un plano deudor u obligado al cumplimiento con respecto a otra o por lo que se refiere al cumplimiento de sentencias judiciales, en cuyo caso, goza de privilegios comparativos con el resto de personas físicas y jurídicas sobre la base del principio de inembargabilidad (...) y que viene a constituir un verdadero límite a la ejecución forzosa que incita a la argumentación en sede jurisdiccional».

esta última, el Juzgado dictó providencia de 9 de noviembre de 1989 en la que se acordó el embargo de bienes patrimoniales en cuantía suficiente para cubrir el montante de la deuda. Seguidamente, el Ayuntamiento recurrió dicho acuerdo ante la Audiencia Provincial que, finalmente, planteó la cuestión de inconstitucionalidad.

### 2.3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Una vez conocidos los antecedentes, puede pasarse al análisis de los fundamentos jurídicos más relevantes de la Sentencia, para justificar y comprender la solicitud de embargo de bienes patrimoniales, esto es, los razonamientos utilizados por el Tribunal para acordar la realización, mediante subasta<sup>527</sup>, de los bienes patrimoniales no afectados materialmente a un uso o a un servicio público, que son los únicos bienes en los que no existe un fin público prioritario que determine la exclusión de la traba, siempre y cuando voluntariamente no quisiera cumplirse el fallo judicial<sup>528</sup>.

Después de describir brevemente, en el Fundamento Jurídico siguiente, los argumentos sostenidos, de un lado, por la Audiencia Provincial (quien alega que el derecho a la tutela judicial efectiva ha de concretarse en el cumplimiento del fallo judicial, evitando que la sentencia se convierta en ineficaz), y, de otro, por el Abogado del Estado y el Fiscal General (que defienden la relevancia de otros principios constitucionales, como el de legalidad presupuestaria y continuidad de los servicios públicos), el Tribunal se detiene, en el Fundamento Jurídico tercero, en el origen histórico de los privilegios contenidos en los apartados 2 y 3 del art. 154 de la Ley

---

<sup>527</sup> BALLESTEROS MOFFA, L.Á., *Inembargabilidad de bienes y derechos de las Administraciones Públicas*, Colex, Madrid, 2000, pp. 66 y ss., señala que el embargo, y con una mayor precisión el embargo ejecutivo civil, el cual puede considerarse como paradigma de esta institución a nuestros efectos (...) constituye, en concreto, el acto central de la primera fase del proceso de ejecución dineraria; fase que se erige en presupuesto jurídico previo de la siguiente, denominada procedimiento de apremio, que comprende la realización forzosa de los bienes embargados y el pago final al ejecutante. Los supuestos de inembargabilidad reconocidos en nuestro ordenamiento se clasifican en dos bloques: 1) supuestos que determinan la inembargabilidad de bienes o derechos públicos, es decir, cuya titularidad corresponde a alguna Administración y 2) aquellos supuestos de inembargabilidad que no inciden sobre bienes o derechos públicos, sino de titularidad privada.

<sup>528</sup> En el primer Fundamento Jurídico, el Tribunal recuerda que el art. 154.2 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales fue objeto de modificación por parte del art. 66.6 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. El art. 66.6 dispone: «*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 local ni exigir fianzas, depósitos y cauciones a las Entidades locales, excepto cuando se trate de la ejecución de hipotecas sobre bienes patrimoniales inmuebles no afectados directamente a la prestación de servicios públicos*». Sin embargo, inmediatamente después precisa que el juicio de constitucionalidad se limita a la versión originaria que es la que ha suscitado dudas al juez a quo, ya que de ella depende el proceso pendiente ante la Audiencia de Burgos. Máxime si en este caso no se produjo la derogación del precepto, sino sólo su modificación parcial, al añadirse una excepción a la regla general.

39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales (en adelante LRHL) y en las consecuencias que tuvo dicho principio en relación con la ejecución de sentencias condenatorias al pago de una cantidad líquida. Este análisis histórico permite al órgano llegar a las siguientes conclusiones: *«en primer lugar, que tanto la autotutela ejecutiva de la Administración local como la inembargabilidad de la Hacienda municipal surgieron históricamente no sólo en atención a las concepciones jurídicas entonces dominantes -la separación sin interferencias mutuas entre la jurisdicción y la Administración, como corolario de la división de poderes-, sino también por exigencias derivadas tanto del principio de legalidad administrativa como del de legalidad presupuestaria. En segundo término, que ya en este momento histórico se consideró que la inembargabilidad de los distintos elementos que integraban la Hacienda pública constituía un límite al ejercicio de la función jurisdiccional de los jueces y tribunales de hacer ejecutar lo juzgado»*.

Tras el recordatorio de estas cuestiones, en el Fundamento Jurídico cuarto, el Tribunal examina los dos preceptos de cuya constitucionalidad se duda: los citados apartados 2 y 3 del art. 154 de la LRHL.

En primer lugar, la Sentencia se encarga de negar la inconstitucionalidad del apartado tercero del art. 154 de la LRHL<sup>529</sup> debido a varias razones expuestas. Para comprenderlas, debe saberse que el Tribunal enmarca el precepto en el contexto de las reglas relativas al presupuesto y al gasto público, a las que están sujetas las Entidades locales. Desde esta perspectiva, que el cumplimiento de las resoluciones judiciales condenatorias se reserve “exclusivamente a las mismas” es una exigencia del principio de legalidad en materia de gasto público<sup>530</sup>, es decir, se considera que el privilegio de autotutela ejecutiva es una consecuencia del principio de legalidad en materia de gasto público recogida en el art. 133.4 de la LRHL. Pero, para el Tribunal Constitucional, el art. 154.3 LRHL no es contrario a la CE, dado que debe ser interpretado de acuerdo con su doctrina anterior. Al efecto, se señala que *«El privilegio de autotutela ejecutiva del art. 154.3 sólo es una consecuencia, por así decir, insoslayable del principio constitucional de legalidad en materia de gasto público (art. 133.4 CE), dado que por tratarse de un ente público, el pago ha de llevarse a cabo mediante un procedimiento*

---

<sup>529</sup> MIR PUIGPELAT, O., «¿El fin de la inembargabilidad...», *op. cit.*, pp. 134-135.

<sup>530</sup> FANLO LORAS, A., «El alcance del principio de inembargabilidad de los bienes y derechos de las Entidades Locales: propósito de la STC 166/1998, de 15 de julio», *Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, núm. 3, 1999, p. 42.

*administrativo de ejecución del pago y, por tanto, corresponde a la propia Administración deudora. (...) Dicho privilegio no puede ser interpretado como la atribución de una potestad, sino como la concreción de un deber de cumplir con lo decidido por las sentencias y resoluciones firmes y de prestar la colaboración requerida por los jueces y tribunales en sus resoluciones firmes dictadas en ejecución de sentencias*<sup>531</sup>». Por tanto, el art. 154.3 no excluye ni limita el ejercicio de la potestad jurisdiccional consistente en hacer ejecutar lo juzgado ni el deber de colaboración con los órganos jurisdiccionales impuesto por el art. 118 de la CE.

Superada la cuestión del principio de autotutela ejecutiva, la Sentencia se centra, en el Fundamento Jurídico quinto, en analizar la constitucionalidad del apartado segundo del mismo art. 154 de la LRHL, esto es, en el examen del principio de inembargabilidad. El Tribunal inicia este examen afirmando que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la CE) incluye también el derecho de carácter subjetivo a que sean cumplidas las resoluciones judiciales<sup>532</sup>; que el privilegio de la inembargabilidad contenido en el art. 154.2 de la LRHL constituye un límite evidente a la ejecución forzosa (un procedimiento de apremio en defecto del cumplimiento voluntario) y que el embargo puede estar sujeto a concretas limitaciones legales<sup>533</sup>. En este sentido, es perfectamente constitucional que el legislador, por razones de interés público y social, declare que determinados bienes y derechos sean inembargables sin que esta afirmación determine por sí sola la inconstitucionalidad de la norma en cuestión. Pues esta declaración de inembargabilidad únicamente será inconstitucional cuando no responda a finalidades razonables de protección de valores constitucionales o no guarde la debida proporcionalidad con las mismas. En definitiva, lo que debe comprobarse es si la inembargabilidad del art. 154.2, que está directamente relacionada con el régimen de pago previsto en el art. 154.4, responde o no a razonables finalidades

---

<sup>531</sup> Explica MARTÍNEZ CALVO, J., «El régimen patrimonial y los privilegios», RECUERDA GIRELA, M.Á. (dir.), *La morosidad del sector...*, *op. cit.*, pp. 643 y ss., que en consecuencia, si bien una resolución judicial firme que condena a una Administración local puede producir la exigibilidad de la obligación de pago, según se reconoce en el art. 154.1 de la LRHL, ésta no se convierte en un título directamente ejecutable, pues al tratarse de un ente público, el pago ha de llevarse a cabo mediante un procedimiento administrativo de ejecución del gasto, ya que las obligaciones de pago no pueden cumplirse si no existe crédito presupuestario suficiente para hacerles frente. Ahora bien, no debe interpretarse como una atribución de una potestad, sino como la concreción del deber de cumplir con lo decidido por las sentencias y resoluciones firmes.

<sup>532</sup> Señala el Tribunal Constitucional que este derecho es de trascendental importancia, pues únicamente con el cabal y efectivo cumplimiento de dichas resoluciones, el derecho al proceso se hace real y efectivo.

<sup>533</sup> MIR PUIGPELAT, O., «¿El fin de la inembargabilidad...», *op. cit.*, pp. 135-136.

de protección de valores, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y si guarda o no la debida proporcionalidad con ellas.

Con este propósito, el Tribunal analiza las razones citadas que a juicio del Abogado del Estado y del Fiscal General justifican el privilegio de la inembargabilidad: los principios de legalidad presupuestaria, de eficaz funcionamiento de los servicios públicos y la idoneidad de la vía contenida en el art. 154.4 de la LRHL para dar satisfacción a los particulares.

En cuanto al principio de legalidad presupuestaria, el Tribunal subraya que se trata de la regla que fundamenta el privilegio de autotutela ejecutiva contenido en el art. 154.3. Sin embargo, el mencionado principio no puede justificar en ningún caso que la Administración aplaze la ejecución de las sentencias más allá del tiempo necesario para obtener las consignaciones presupuestarias requeridas, en el supuesto de que éstas no hayan sido previstas, puesto que no cabe admitir que deje de hecho sin contenido un derecho que la CE reconoce y garantiza. Por tanto, la lesión del derecho reconocido en el art. 24 de la CE se producirá cuando el Ente local deudor no cumpla la sentencia condenatoria en un plazo razonable, lo que lleva al Tribunal a tener que corroborar si el mecanismo de pago previsto en el art. 154.4 de la LRHL es o no idóneo para garantizar que el Ente local asuma su obligación dentro de un término racional. Del análisis oportuno, se observa que la Entidad local que debería asumir las obligaciones impuestas, a la que no cabe sancionarla penalmente por desobediencia, puede persistir en el incumplimiento de la sentencia condenatoria y posponer o diferir el pago al particular, pese a que tanto éste como el órgano judicial hayan actuado con la debida diligencia e intensidad legal posible para remover la obstaculización producida.

La Sentencia pasa luego a examinar si la inembargabilidad puede encontrar su justificación en el hecho de que los bienes públicos estén destinados a la satisfacción de finalidades e intereses públicos. El Tribunal Constitucional entiende que efectivamente este destino de los bienes públicos justifica su inembargabilidad, pero, al analizar la noción de «Hacienda Local», constata que no todos los bienes de dichas Entidades poseen ese cometido y, por tanto, que no todos merecen beneficiarse de la prerrogativa de la inembargabilidad<sup>534</sup>.

---

<sup>534</sup> MIR PUIGPELAT, O., «¿El fin de la inembargabilidad...», *op. cit.*, pp. 136-137.

En concreto, deben ser inembargables los bienes de dominio público y comunales de los Entes locales, porque así se deduce el art. 132.1 de la CE y porque se caracterizan por estar afectados a un uso público o a la prestación de un servicio público. También se entiende justificada la inembargabilidad de los «derechos, fondos y valores» de las Entidades locales ya que constituyen sus recursos financieros y «están preordenados en los presupuestos de la Entidad a los concretos fines». En cambio, sí deben ser embargables los bienes patrimoniales no afectados materialmente a un uso o servicio público. Así lo especifica en el Fundamento Jurídico duodécimo: *«En atención a lo expuesto en los fundamentos precedentes, fácilmente ha de llegarse a una conclusión: que el régimen general de pago previsto en el art. 154.4 LRHL no garantiza, por sí solo, que la Entidad local deudora cumpla el mandato judicial, (...), por lo que la inembargabilidad en la medida en que se extiende a los “bienes en general de la Hacienda local” y comprende los bienes patrimoniales no afectados materialmente a un uso o servicio público, no puede considerarse razonable, desde la perspectiva del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes que el art. 24.1 CE reconoce y garantiza. Pues no está justificada en atención al principio de eficacia de la Administración pública con base en la continuidad en la prestación de los servicios públicos ni tampoco puede considerarse proporcionada en atención a la generalidad con que se ha configurado este obstáculo o limitación al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, excediéndose así notoriamente las finalidades que la justifican. (...) Cuando un bien se halla materialmente afectado a un servicio público o a una función pública específica constituye el soporte material de dicha actividad (STC 227/1988) y, por tanto, es un medio material necesario para la realización efectiva de los intereses generales de la Administración pública y la continuidad en la prestación de los servicios públicos».*

Para justificar aún más su postura, el órgano apunta: *«Los bienes inmuebles patrimoniales o de propios de dichas Entidades están destinados a obtener el máximo rendimiento económico para aquéllas, al igual que ocurre con los bienes cuyo titular es un particular. Su valor en el mercado en efecto, permite que las Entidades locales puedan recurrir al crédito incluso mediante la constitución de una garantía real, bien proceder a su enajenación y obtener un ingreso extraordinario de Derecho privado, bien conservarlos como fuente de rentas para el erario de la Entidad».*

## **2.4. CONCLUSIONES Y CONSECUENCIAS**

En base a los citados razonamientos, el Tribunal Constitucional resuelve a favor

de la embargabilidad de los bienes patrimoniales que no cumplan una finalidad pública, sobre la base de la previa diferenciación, en cuanto a su régimen jurídico, entre éstos y los bienes demaniales. No está constitucionalmente justificado, por exigencias de seguridad en el tráfico y de buena fe, el excluir de la responsabilidad de cumplir las obligaciones contraídas por la Corporación local a los bienes pertenecientes al patrimonio de las Entidades locales, que no estén materialmente afectados a un servicio público o una función pública. Se declara, en consecuencia, la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «y bienes en general» del art. 154.2 de la LRHL, en la medida en que no excluye de la inembargabilidad a los bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público.

La posición del Tribunal es entonces la siguiente: el principio de legalidad presupuestaria justifica acudir a un procedimiento administrativo de ejecución del gasto (art. 154.4 de la LRHL). La ejecución de la Sentencia condenatoria de la Administración puede demorarse el tiempo necesario para obtener las consignaciones presupuestarias requeridas para satisfacer la deuda; pero si este período se extiende más allá de lo razonable, el juez encargado de la ejecución podrá decretar el embargo de los bienes patrimoniales que no estén materialmente afectados a un uso o servicio público. El privilegio de la inembargabilidad de los bienes en general no posibilitaba al órgano jurisdiccional impedir que las Entidades locales dilatasen el cumplimiento de las sentencias y no garantizaba que ejecutasen las sentencias judiciales firmes con la debida diligencia. Concluye el Tribunal que ello conlleva una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la CE, en su vertiente de derecho subjetivo a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes. Sin perjuicio de que, en relación con un tipo de bienes patrimoniales, el dinero, los valores o el crédito, el órgano ponga de manifiesto la inembargabilidad de los mismos<sup>535</sup>, con

---

<sup>535</sup> Contrariamente a lo que concluye el Tribunal, FLORES DOMÍNGUEZ, L.E., «La incidencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1998, de 15 de julio, en la protección de los bienes patrimoniales de las Entidades Locales», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 35, 1999, pp. 97 y ss., afirma que la posibilidad de embargo de fondos públicos es más beneficiosa para los intereses generales que el hecho de embargar los bienes que integran el patrimonio local porque de lo contrario no se está reparando en el hecho de que ese patrimonio ha podido ser dotado en base al esfuerzo colectivo del conjunto de vecinos y al ejercicio responsable de sus funciones por unos administradores públicos. Como razones que avalan esta posición cita los siguientes: «1. La propia justificación que realiza el Tribunal Constitucional para sostener el criterio de la inembargabilidad de los fondos públicos, basada en su destino a la satisfacción de intereses y finalidades públicas, puede perfectamente satisfacer de fundamento a la tesis contraria. No hay mayor satisfacción de intereses que hacer frente a las obligaciones contraídas por la Entidad local (...). No se entiende que los bienes patrimoniales no afectos deban responder de las obligaciones contraídas (...) y, en cambio, los fondos públicos no deban



motivo de su destino, que no es otro que la satisfacción de intereses y finalidades públicas<sup>536</sup>.

Como consecuencia de la Sentencia, se han producido en el ordenamiento jurídico español una serie de modificaciones legislativas, no sólo en el ámbito de la legislación local, sino también de la estatal y autonómica, que han configurado un nuevo marco legal del privilegio de la inembargabilidad en la normativa española<sup>537</sup>.

### A) *Ámbito estatal*

Para comenzar, ha de tenerse en cuenta que en la legislación estatal, no fue hasta 2003 con la aprobación de la LPAP y la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (en adelante LGP), cuando se produjo la adaptación normativa. Ambas leyes introducen las modificaciones precisas para delimitar los bienes patrimoniales sobre los cuales no cabe despachar mandamiento de ejecución ni providencia de embargo. Así, por un lado, el art. 30.3 de la LPAP señala: *«Ningún tribunal ni autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo ni despachar*

---

*responder de las mismas. 2. Las posibilidades de ejecución forzosa que ofrece el ordenamiento jurídico local permiten una solución distinta a la que llega la Sentencia. 3. Sería posible un control judicial, en sede de ejecución de sentencia, del plan de disposición de fondos siempre que se esgrimiera una situación crítica de la tesorería para no hacer frente al cumplimiento inmediato de la sentencia. 4. En el supuesto en que se produjera el embargo, o al adoptar medidas para evitarlo, el Alcalde tendría que proponer soluciones para remediar la situación que requerirían una intervención del Pleno, que –de este modo- puede desplegar eficazmente su labor de control político preventivo, frente al más difuso y a posteriori que puede realizar una vez producido el embargo y subasta del bien patrimonial. 5. Es conveniente realizar una precisión, dado que, no todos los fondos públicos serían embargables. Al igual que existen bienes patrimoniales afectos a un uso o servicio público, también encontramos ingresos específicamente afectados a una finalidad».*

<sup>536</sup> En concreto, el Fundamento Jurídico noveno de la Sentencia sostiene: *«Dado que estos recursos están preordenados en los presupuestos de la Entidad a concretos fines de interés general, es evidente que requieren una especial protección legal, tanto por su origen en lo que se refiere a los ingresos de Derecho público -la contribución de todos al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1 CE)- como por el destino al que han sido asignados por los representantes de la soberanía popular».* Sin embargo, la cuestión no es pacífica. Señala BALLESTEROS MOFFA, L.Á. en su trabajo *«La inembargabilidad de bienes y fondos públicos como último obstáculo para el acreedor de la Administración. La alargada sombra de la STC 166/1998, de 15 de julio»*, *Aranzadi Civil: revista doctrinal*, núm. 2/2005, Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 2226, que la preservación de los fondos públicos sigue representando desde el punto de vista dogmático una prohibición muy discutible, aparte de haber dado pie a nuevas previsiones de inembargabilidad de bienes y derechos patrimoniales, *«pues su fundamento en el conocido alegato de continuidad de los servicios públicos y eficacia administrativa, a tenor de su vinculación presupuestaria a concretos fines de interés general, no se compadece con el principio presupuestario de no afectación de los ingresos a los gastos, conforme al cual los primeros se destinan a financiar indistinta y globalmente los segundos, ni con la propia condición fungible y abstracta del dinero administrativo, tal y como ha reconocido por cierto el Derecho comparado».*

<sup>537</sup> MARTÍNEZ CALVO, J., *«El régimen patrimonial y los privilegios»*, RECUERDA GIRELA, M.Á. (dir.), *La morosidad del sector...*, op. cit., p. 659.

*mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines determinados, o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general». Por otro, el art. 23.1 LGP dispone: «Ningún tribunal ni autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines diversos, o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general».*

De los dos preceptos se deduce que la novedad legislativa introducida como consecuencia de la jurisprudencia constitucional consistió en eliminar la referencia a la inembargabilidad de todos los bienes o derechos del patrimonio del Estado o de la Hacienda pública, declarando expresamente la inembargabilidad de los bienes de dominio público, así como de los bienes patrimoniales, siempre que se cumpla alguno de estos requisitos:

1. Que se encuentren afectos a un servicio público o función pública.
2. Que sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a «*fines determinados*» (en el caso de la LPAP) o a «*fines diversos*» (en el caso de la LGP).
3. Que se trate de «*valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecutan políticas públicas o prestan servicios de interés económico general*».

#### ***B) Ámbito autonómico***

La normativa autonómica contiene también previsiones referidas a la inembargabilidad de sus bienes y derechos. Algunas de las Comunidades Autónomas precisan la particularidad que afecta a los bienes patrimoniales afectos en sus propias leyes de patrimonio, corrigiendo la regulación anterior; otras simplemente mantienen las

reglas existentes antes de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 1998<sup>538</sup>, remitiéndose a las leyes de la Hacienda Pública para las adaptaciones correspondientes. A las mismas podemos agruparlas en cuatro grupos diferentes en función de la regulación que hacen de la inembargabilidad<sup>539</sup> de sus bienes:

1. Regulación similar a la contenida en la LRHL, es decir, sosteniendo la inembargabilidad de los bienes patrimoniales cuando se encuentren afectados a un servicio público: Baleares, Madrid y Valencia.
2. Regulación similar a la establecida por la LPAP, esto es, permitiendo la embargabilidad de los bienes patrimoniales sólo en aquellos supuestos en los que el bien no esté afectados a un servicio público o función pública, cuando los frutos o rentas obtenidos de su enajenación no estén afectados a determinados fines o cuando se trate de participación en sociedades públicas mercantiles encargadas de ejecutar las políticas públicas: Andalucía, Aragón, Canarias, Cantabria, Castilla y León, Extremadura, Galicia, La Rioja, Navarra y País Vasco.
3. No adaptación al fallo del Tribunal Constitucional; sino simplemente declaración de la inembargabilidad de derechos, fondos, bienes y valores de la Hacienda, sin distinción entre demaniales y patrimoniales: Castilla-La Mancha y Murcia.
4. Proclamación únicamente de la inembargabilidad de los bienes de dominio público: Asturias y Cataluña.
  - a) Andalucía

El art. 68 de la Ley 4/1986, de 5 de abril del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía es el que establece la prerrogativa de la inembargabilidad, sin hacer mención a los bienes patrimoniales afectados a un uso o servicio público. En concreto, establece este precepto: *«Los bienes de dominio privado son inembargables. No podrá despacharse mandamiento de ejecución ni dictarse providencia de embargo sobre estos bienes y derechos ni sobre las rentas, frutos o productos de los mismos,*

---

<sup>538</sup> Todas las Comunidades Autónomas respetan la dicotomía bienes de dominio público y bienes patrimoniales, tal y como exige el Tribunal Constitucional, por venir establecida en el C.c., en el ejercicio de la competencia exclusiva del Estado, en virtud del art. 149.1.8 CE (SSTC núm. 58/1982 y 85/1984).

<sup>539</sup> MARTÍNEZ CALVO, J., «El régimen patrimonial y los privilegios», RECUERDA GIRELA, M.Á. (dir.), *La morosidad del sector...*, op. cit., p. 665.

*debiéndose estar a lo que dispone la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma». Esta última es en el caso de Andalucía el Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, en cuyo art. 27.2 se establece: «Ningún Tribunal ni autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines diversos, o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades mercantiles del sector público andaluz que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general».*

b) Aragón

La Ley 5/2011, de 10 de marzo, de Patrimonio de Aragón define en su art. 5 los bienes y derechos de dominio privado del patrimonio de Aragón como aquellos que, siendo titularidad de algunas de las entidades señaladas en el art. 2 de la Ley, no tengan el carácter de dominio público. En su art. 18 contiene una regulación distinta al anterior art. 44<sup>540</sup> de La Ley 5/1987, de 2 de abril, afirmando ahora: *«Ningún tribunal ni autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos de dominio privado del patrimonio de Aragón cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines determinados, o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades mercantiles que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. El cumplimiento de las resoluciones judiciales que determinen obligaciones a cargo de la Administración de la Comunidad Autónoma o sus organismos públicos se efectuará de conformidad con lo dispuesto en la legislación de Hacienda y contencioso-administrativa».*

c) Asturias

---

<sup>540</sup> El art. 44 de la Ley 5/1987, de 2 de abril, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón señalaba: *«Los bienes patrimoniales de la Comunidad Autónoma de Aragón son inembargables, no pudiendo dictarse sobre los mismos, ni sobre sus frutos, rentas o productos, providencia de embargo, ni despacharse mandamiento de ejecución, siendo de aplicación, por lo demás, lo establecido en el Título I de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón y disposiciones concordantes».*

La Ley 1/1991, de 21 de febrero, de Patrimonio del Principado de Asturias contiene en el art. 4 la definición de los bienes patrimoniales: «*Son bienes patrimoniales los demás bienes pertenecientes al Principado de Asturias en los que no concurren las circunstancias expresadas en el artículo anterior y, en especial: a Los derechos reales y de arrendamiento de los que el Principado de Asturias sea titular; b. Los derechos de cualquier naturaleza que deriven del dominio de los bienes patrimoniales; c. Los derechos de propiedad incorporal; d. Los títulos representativos del capital o del crédito de empresas mercantiles; e. Cualquier otro bien o derecho cuya titularidad pertenezca al Principado de Asturias y no sea calificado de dominio público*». El art. 17 de la norma, sin hacer distinciones en función de la clase de bienes, sostiene que no pueden ser objeto de apremio los bienes y derechos del patrimonio del Principado de Asturias, ni las rentas, frutos o productos del mismo.

d) Canarias

La Ley 6/2006, de 17 de julio, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias aclara, en el art. 6, que los bienes patrimoniales o de dominio privado consisten en aquellos que siendo titularidad de la Comunidad Autónoma de Canarias no tienen el carácter de demaniales. Asimismo, que «*En todo caso, tendrán la consideración de patrimoniales de la Comunidad Autónoma los derechos de arrendamiento, los valores y títulos representativos de acciones y participaciones en el capital de sociedades mercantiles o de obligaciones emitidas por éstas, así como contratos de futuros y opciones cuyo activo subyacente esté constituido por acciones o participaciones en entidades mercantiles, los derechos de propiedad incorporal, y los derechos de cualquier naturaleza que se deriven de la titularidad de los bienes y derechos patrimoniales*».

Sin embargo, no se contiene referencia a la nota de inembargabilidad<sup>541</sup> ni a la categoría de los bienes patrimoniales afectos.

e) Cantabria

---

<sup>541</sup> El art. 7 de la norma es el que contiene los principios relativos a los bienes y derechos patrimoniales, sin hacer mención a la inembargabilidad. Los principios enumerados son: eficiencia y economía en su gestión; eficacia y rentabilidad social y económica en su explotación; publicidad, transparencia, concurrencia y objetividad en la adquisición, explotación y enajenación de estos bienes; identificación y control a través de inventarios o registros adecuados; colaboración y coordinación entre las diferentes Administraciones Públicas, con el fin de optimizar la utilización y el rendimiento de sus bienes.

La Ley 3/2006, de 18 de abril, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Cantabria incluye en su art. 5 la definición de los bienes patrimoniales o de dominio privado, afirmando que los mismos son todos los que no tengan el carácter de demaniales. En cuanto a la regla de la inembargabilidad, es su art. 35.3, dentro del régimen de disponibilidad de los bienes y derechos, el que establece: *«Ningún tribunal ni autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines determinados, o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades públicas regionales de carácter mercantil con participación directa de las entidades que forman parte del sector público regional que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general».*

f) Castilla- La Mancha

Al igual que en el caso de Andalucía, la Ley 6/1985, de 13 de noviembre, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha en su art. 22 declara: *«Ningún Tribunal, juez o autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo, ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos del patrimonio de la Comunidad Autónoma, en su ámbito territorial, ni contra las rentas, frutos o productos del mismo, debiendo estarse a lo dispuesto en la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977».*

g) Castilla y León

La Ley 11/2006, de 26 de octubre, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, en el art. 6, se remite a la legislación estatal para la definición de los bienes y derechos patrimoniales o de dominio privado. En el art. 19 bajo la rúbrica “Prerrogativas” prevé: *«No podrán ser objeto de embargo ni de mandamiento de ejecución los bienes y derechos patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines públicos, o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de empresas públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general para la Comunidad».*

h) Cataluña

El Decreto-Legislativo 1/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Patrimonio de la Generalidad de Cataluña incluye en su art. 4 el listado de bienes patrimoniales de la Generalidad. Entre ellos, han de citarse: los bienes que son propiedad de la Generalidad y no están afectados directamente a un uso general o servicio público; los derechos derivados de la titularidad de los bienes patrimoniales de la Generalidad; los derechos reales y de arrendamiento que le pertenecen, y cualquier otro derecho sobre cosa ajena; los derechos de propiedad inmaterial que pertenecen a la Generalidad; las cuotas, las partes alícuotas y los títulos representativos del capital que le pertenecen de empresas constituidas de acuerdo con el derecho civil o el mercantil y cualquier otro bien o derecho cuya titularidad corresponda a la Generalidad de Cataluña y no sea calificado de dominio público.

i) Comunidad Valenciana

La Ley 14/2003, de 10 de abril, de Patrimonio de la Generalitat valenciana define, en el art. 6, los bienes patrimoniales afirmando: *«Son bienes y derechos de dominio privado o patrimoniales de la Generalitat aquellos cuya titularidad le pertenezca y no tengan la consideración de demaniales conforme al artículo anterior»*. Y en especial: *«Los bienes y los derechos que no se hallen afectos al uso general o servicio público; los derechos de arrendamiento; los derechos de propiedad incorporal; los títulos representativos de capital y demás participaciones en sociedades constituidas con arreglo al derecho privado, de los que sea titular la Generalitat; los bienes muebles fungibles, los que no estén directa o indirectamente vinculados al desenvolvimiento de los servicios públicos, y aquellos cuyo valor no exceda de la cantidad que se fije por orden de la Conselleria competente en materia de patrimonio y cualquier otro bien cuya titularidad corresponda a la Generalitat y no esté calificado de dominio público»*.

Contiene referencias a la inembargabilidad de los bienes demaniales, pero no hace mención a la particularidad que afecta a determinados bienes patrimoniales cuando cumplen una función, uso o servicio público.

j) Extremadura

En el caso de Extremadura es la Ley 2/2008, de 16 de junio de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Extremadura la que define en el art. 6 los bienes

patrimoniales en los términos siguientes: *«1. Son bienes y derechos de dominio privado o patrimoniales los que, siendo de titularidad de la Comunidad Autónoma de Extremadura, no tengan el carácter de demaniales. 2. En todo caso, tendrán la consideración de patrimoniales de la Administración de la Comunidad Autónoma y de sus entes y organismos públicos, los derechos de arrendamiento, los valores y títulos representativos de acciones y participaciones en el capital de sociedades mercantiles o de obligaciones emitidas por éstas, así como contratos de futuros y opciones cuyo activo subyacente esté constituido por acciones o participaciones en entidades mercantiles, los derechos de propiedad incorporal y los derechos de cualquier naturaleza que se deriven de la titularidad de los bienes y derechos patrimoniales».*

El art. 13.3 se hace eco de la regla de inembargabilidad disponiendo: *«Ningún tribunal ni autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines determinados, o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. El cumplimiento de las resoluciones judiciales que determinen obligaciones a cargo de la Comunidad Autónoma de Extremadura o sus organismos se efectuará de conformidad con lo dispuesto en su Ley General de Hacienda Pública o en su defecto, por la legislación estatal sobre la misma materia, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 106 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa».*

k) Galicia

La Ley 5/2011, de 30 de septiembre, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia precisa en el art. 2.5 que los bienes patrimoniales y derechos patrimoniales son: *«los que, siendo de titularidad de la Comunidad Autónoma de Galicia, no tuviesen el carácter de demaniales. Tienen la consideración de patrimoniales los siguientes bienes y derechos, salvo en los casos en que reúnan los requisitos previstos en el apartado anterior: a. Los derechos de arrendamiento y otros de carácter personal; b. Los valores y títulos representativos de acciones y participaciones en el capital de sociedades mercantiles o de obligaciones emitidas por estas, así como contratos de futuros y opciones con un activo subyacente constituido por acciones o participaciones*



*en sociedades mercantiles; c. Los derechos de propiedad incorporal; d. Los derechos de cualquier naturaleza que se deriven de la titularidad de bienes y derechos patrimoniales».*

Dentro de los principios, el art. 5.2 se refiere a la inembargabilidad, y excluye de las providencias de embargo y mandamientos de ejecución que se dicten por los órganos jurisdiccionales y administrativos, en razón de su destino a los bienes y derechos patrimoniales que se encuentren materialmente afectos a un uso, servicio o función pública; cuyos rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines determinados o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades mercantiles autonómicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

l) Islas Baleares

Es la Ley 6/2001, de 11 de abril, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares la que desarrolla en el art. 6.3 el concepto de bienes patrimoniales, enumerando los siguientes: *«a. Los bienes propiedad de la Comunidad Autónoma no afectos directamente a un uso o servicio públicos; b. Los derechos de cualquier naturaleza que deriven del dominio de los bienes patrimoniales; c. Los derechos de propiedad inmaterial o incorporales que sean propios de la Comunidad Autónoma; d. Los derechos reales, de arrendamiento y cualesquiera otros de carácter personal de titularidad propia; e. Los títulos representativos de capital y todo tipo de participaciones en sociedades o personas jurídicas constituidas o regidas de acuerdo con el derecho privado; f. Cualquier otro bien o derecho propio susceptible de rendimiento económico no calificado como de dominio público».*

Sobre la imposibilidad de embargar, el art. 10.2 señala: *«Ninguna autoridad administrativa ni judicial puede dictar provisión de embargo ni despachar ejecución contra los derechos, fondos, valores y bienes de la comunidad autónoma, salvo que se trate de bienes patrimoniales que no estén afectados materialmente a un servicio público o a una función pública».*

m) La Rioja

La Ley 11/2005, de 19 de octubre, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de La Rioja detalla en el art. 5 que son bienes y derechos patrimoniales los que, siendo titularidad de la Comunidad Autónoma de La Rioja, no tengan el carácter de

demaniales. Añade, a continuación, que en concreto tendrán tal consideración: *«a. Los bienes y derechos que no se hallen destinados al uso general o servicio público; b. Los derechos de arrendamiento; c. Los derechos de propiedad incorporal; d. Los valores y títulos representativos de acciones y participaciones en el capital de sociedades mercantiles o de obligaciones emitidas por éstas y otros títulos valores; e. Los contratos de futuros y opciones cuyo activo subyacente esté constituido por acciones o participaciones en entidades mercantiles; f. Los derechos de cualquier naturaleza derivados de la titularidad de los bienes de dominio privado».*

Esta norma dedica a la inembargabilidad una sección específica denominada “inembargabilidad”, compuesta por un único artículo dentro del capítulo III que lleva por rúbrica “prerrogativas y potestades de la Comunidad Autónoma de La Rioja con respecto a sus bienes”: el art. 33 que establece: *«Ningún tribunal ni autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines determinados, o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general».*

n) Madrid

La Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Madrid define en el art. 5 los bienes patrimoniales incluyendo los bienes y derechos que no se hallen destinados al uso general o servicio público; los derechos de arrendamiento; los derechos de propiedad incorporal, sin perjuicio de que la utilización de los mismos quede destinada al uso general o servicio público, en cuyo caso adquirirán la condición de demaniales; las acciones y participaciones de sociedades mercantiles y otros títulos valores; y los derechos derivados de la titularidad de los bienes de dominio privado.

El art. 10.1, dentro de las prerrogativas y reglas de protección y defensa del patrimonio, alude a la regla de la inembargabilidad, indica: *«Ningún Tribunal ni Autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos demaniales del patrimonio de*

*la Comunidad, ni contra aquellos bienes y derechos patrimoniales materialmente afectados a un uso o servicio público».*

o) Murcia

La Ley 3/1992, de 30 de julio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia define, en el art. 6, los bienes patrimoniales disponiendo que: *«Constituyen el dominio privado de la Comunidad Autónoma de Murcia aquellos bienes y derechos cuya titularidad le pertenezca y no tengan la consideración de demaniales. En especial, tienen la consideración de patrimoniales los siguientes: a. Los bienes propiedad de la Comunidad Autónoma, que no están afectos directamente a un uso general o a un servicio público, y los bienes muebles necesarios para el desenvolvimiento de los servicios públicos o para el ornato y decoración de las dependencias oficiales; b. Los derechos derivados de la titularidad de los bienes patrimoniales de la Comunidad Autónoma; c. Los derechos reales que le pertenezcan, no afectos a un uso general o a un servicio público; d. Los derechos arrendaticios y demás de carácter personal de la Comunidad Autónoma; e. Los títulos representativos de capital y demás participaciones en sociedades constituidas, de conformidad con el derecho privado, de los que sea titular la Comunidad Autónoma; f. Los derechos de propiedad incorporal; g. Cualquier otro bien o derecho cuya titularidad pertenezca a la Comunidad Autónoma de Murcia y no sea calificado de dominio público».*

El art. 9 es el encargado de regular la inembargabilidad en dos apartados distintos. En el primero contiene la referencia a las tres prerrogativas propias del régimen jurídico de los bienes demaniales: *«Los bienes de dominio público de la Comunidad Autónoma son inalienables, imprescriptibles e inembargables»*, mientras que en el segundo, a la nota de la inembargabilidad del patrimonio en general: *«Ningún tribunal ni autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamientos de ejecución contra los bienes y derechos del patrimonio de la Comunidad, ni contra las rentas, frutos o productos del mismo».*

p) Navarra

La Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Patrimonio de Navarra con un criterio negativo apunta, en el art. 6.1, que los bienes y derechos patrimoniales o de dominio privado son aquellos que, siendo de titularidad de la Comunidad Foral de Navarra, no tengan el carácter de demaniales. Seguidamente, enumera en el art. 6.2 los siguientes: *«los bienes y derechos que no se hallen afectos al uso general o a un servicio*

*público; los derechos de arrendamiento; los derechos derivados de la titularidad de los bienes de dominio privado; los derechos de propiedad incorporal; Los valores y títulos representativos de acciones y participaciones en el capital de sociedades mercantiles o de obligaciones emitidas por éstas y los contratos de futuros, opciones y participaciones de naturaleza económica u obligacional».*

El art. 59.1 enuncia respecto a la inembargabilidad: *«Ningún Tribunal ni autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos de dominio público ni contra los bienes y derechos patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines determinados o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades públicas de la Administración de la Comunidad Foral que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general».*

q) País Vasco

El Decreto Legislativo 2/2007, de 6 de noviembre, de aprobación del Texto Refundido de la Ley de Patrimonio de Euskadi define, en su art. 5, los bienes y derechos patrimoniales o de dominio privado como aquéllos que, siendo titularidad de las entidades del art. 1 (Administración general de la Comunidad Autónoma de Euskadi, sus Organismos Autónomos y entes públicos de derecho privado; Parlamento Vasco; Tribunal Vasco de Cuentas Públicas; el Ararteko; la Universidad del País Vasco; el Consejo de Relaciones Laborales; el Consejo Económico y Social; Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi; la Agencia Vasca de Protección de Datos; aquellas otras entidades públicas en que así lo disponga su ley de creación), no tengan el carácter de demaniales. Añadiéndose a continuación que en todo caso tendrán la consideración de patrimoniales los siguientes: *«los derechos de arrendamiento; los valores y títulos representativos de acciones y participaciones en el capital de sociedades mercantiles o de obligaciones emitidas por éstas, así como contratos de futuros y opciones cuyo activo subyacente esté constituido por acciones o participaciones en entidades mercantiles; los derechos de propiedad incorporal; los bienes muebles destinados al ornato y decoración; los derechos de cualquier naturaleza que se deriven de la titularidad de bienes y derechos patrimoniales».*

La regla de la inembargabilidad de los bienes patrimoniales afectos

aparece en el apartado tercero del art. 13 en los términos siguientes: *«Ningún tribunal ni autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines determinados, o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general».*

### **C) *Ámbito local***

En cuanto al ámbito local, el legislador, en el apartado segundo del art. 57 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, ha dado nueva redacción al art. 154.2 de la LRHL para adecuarlo a esta doctrina del Tribunal Constitucional, que quedó redactado en los siguientes términos: *«Los tribunales, jueces y autoridades administrativas, no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes de la Hacienda local ni exigir fianzas, depósitos y cauciones a las Entidades Locales, excepto cuando se trate de bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público».*

En la actualidad la versión vigente de este precepto se encuentra regulada en idénticos términos en el art. 173.2 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales: *«Los tribunales, jueces y autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes de la hacienda local ni exigir fianzas, depósitos y cauciones a las entidades locales, excepto cuando se trate de bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público».*

## **2.5. CONSIDERACIONES SOBRE LA NUEVA POSTURA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

La doctrina se mostraba muy crítica ante la extensión del principio de inembargabilidad a los bienes patrimoniales, destacándose la postura de GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>542</sup>, quien denunció que este privilegio absoluto estaba conduciendo al

---

<sup>542</sup>GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. explica en su trabajo, «Sobre el principio de inembargabilidad, sus derogaciones y sus límites constitucionales y sobre la ejecución de sentencias

incumplimiento sistemático por las Administraciones Públicas de sus obligaciones de pago, sin que pudiera hacerse nada para evitarlo o paliarlo (dichas obligaciones devenían facultativas y ocasionaban que los acreedores fueran incapaces de ver satisfechos, sus créditos).

La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 166/1998 intentó dar una solución relativa que, sin embargo, no ha puesto fin a los interrogantes que plantea la cuestión, sino que ha sido objeto de valoraciones muy diferentes. Son muchos los autores que coinciden en afirmar que se trata de un avance, un paso positivo<sup>543</sup>, pero también lo son quienes la consideran insuficiente y sostienen que debería haberse aprovechado la oportunidad para declarar la inembargabilidad de todos los bienes patrimoniales de la Administración y no sólo de aquéllos no afectados materialmente a un uso o servicio público<sup>544</sup>.

---

condenatorias de la Administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 52, 1986, pp. 486-508, que la situación era inconstitucional por cuatro motivos: por contradecir el art. 38 CE y el marco de la economía de mercado, que dicho precepto impone para la actividad de las empresas; por vulnerar el principio de igualdad, consagrado en el art. 14 de la CE, al poder las Administraciones públicas embargar bienes patrimoniales de otras Administraciones, pero los particulares no; por lesionar los arts. 24, 106, 117.3 y 118.1 de la CE; y, finalmente, por atentar contra el principio de responsabilidad de los poderes públicos, recogido en el art. 9.3 de la CE. También en este sentido, deben citarse, entre otras, las posturas de BALLESTEROS MOFFA, L.Á., en su trabajo «La inembargabilidad de bienes y fondos públicos...», *op. cit.*, p. 2225, GARCÍA- TREVIJANO FOS, J.A., «Titularidad y afectación demanial en el ordenamiento jurídico español», *Revista de Administración Pública*, núm. 29, 1959, p. 53; GIMENO SENDRA, J.V., «Alternativas a la disfuncionalidad del procedimiento de ejecución de sentencias contencioso-administrativas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 27, 1980, p. 575; CANO MATA, A., «Ejecución judicial de sentencias contencioso-administrativas. El embargo a la Administración como manifestación del principio de tutela judicial efectiva», *Revista de Administración Pública*, núm. 103, 1984, p. 44; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., «Algunas reflexiones sobre las formas indirectas de incumplimiento por la Administración de las Sentencias de los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 73, 1974, p. 166; MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I., *Dominio público...*, *op. cit.*, pp. 87 y 95; MARTÍN SANZ, V., «Bienes de las entidades locales», MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, Iustel, Madrid, 2011, p. 1643, y SILVA SÁNCHEZ, M.J., «La ejecución de sentencias contencioso-administrativas: nuevos horizontes», *Poder Judicial*, núms. 41-42, 1996, pp. 342-353.

<sup>543</sup> Así, FANLO LORAS, A., «El alcance del principio de inembargabilidad...», *op. cit.*, p. 36, califica la respuesta del Tribunal de ponderada, si bien precisa que eso no quiere decir que no existan fallos en su discurso. PÉREZ SARRIÓN, L., «La Sentencia 166/1998, del Tribunal Constitucional...», *op. cit.*, pp. 374 y ss.

<sup>544</sup> Entre otros, pueden citarse los siguientes autores: Redacción de «El Consultor», «Inembargabilidad de los bienes patrimoniales. Una sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, de 9 de mayo de 1997 declara el embargo de bienes de un Ayuntamiento», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 6.755, 1997, p. 2457; BALLESTEROS MOFFA, L.Á., «La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el privilegio de inembargabilidad de los bienes y derechos públicos (comentario a la STC 166/1998, de 15 de julio)», *Revista de Administración Pública*, núm. 148, 1999, p. 198, quien apunta que con la Sentencia no se produce un cambio radical, como hubiera sido conveniente, sino sólo una limitación del

Dentro de los asuntos no resueltos, se encuentran las dificultades que supone la labor de concretar cuáles son esos bienes que se encuentran materialmente afectos a un uso o servicio público y los que no. Esta complejidad es aún mayor en esta clase de bienes que en los demaniales, ya que en estos últimos, además de la afectación, concurre un elemento adicional externo: el acto expreso de demanialización que permite llevar a cabo un reconocimiento que no existe en los restantes.

En efecto, establecido el principio de embargabilidad de los bienes patrimoniales, la Sentencia no considera ni ayuda a resolver las complicaciones que presenta la identificación de aquellos bienes que no estén afectados a un uso o servicio público, así como tampoco elabora una definición general que sirva de punto de referencia para saber en qué consiste la afectación material de un bien a un servicio o función públicos. El Tribunal parece confiar únicamente en el correcto funcionamiento de los inventarios, que todas las Administraciones están obligadas a llevar. No obstante, aunque podría pensarse que bastaría con acudir a los mismos para obtener estos datos, la apariencia de sencillez se desvanece<sup>545</sup>, al comprobar que los inventarios enumeran los bienes, pero con frecuencia no determinan la naturaleza ni especifican si existe en ellos afectación o no. No reflejan las afectaciones materiales. Incluso en aquellos casos en los que se indica claramente la categoría a la que pertenecen los bienes, nada garantiza que no se trate de una calificación formal, atribuida por el legislador o el órgano administrativo que elabore el inventario, independiente de criterios legales objetivos o mínimamente coherentes<sup>546</sup>.

### **3. LAS POSIBILIDADES OFRECIDAS POR LOS “BIENES PATRIMONIALES AFECTOS”**

#### **3.1. INTRODUCCIÓN**

---

privilegio de inembargabilidad. Igualmente, FLORES DOMÍNGUEZ, L.E., «La incidencia de la sentencia del Tribunal Constitucional...», *op. cit.*, pp. 103 y ss.

<sup>545</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., «El alcance del principio de inembargabilidad de los bienes y derechos de las Entidades locales: a propósito de la STC 166/1998, de 15 de julio», *Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, núm. 3, 1999, p. 52, afirma: «Esa apariencia de sencillez es absolutamente engañosa para cualquiera que conozca la práctica administrativa local, por las deficiencias unas veces o por la práctica imposibilidad, otras, de determinar con precisión la naturaleza y afectación de los bienes incluidos en el inventario».

<sup>546</sup> CHINCHILLA MARÍN, C., *Bienes patrimoniales del Estado...*, *op. cit.*, p. 95, indica: «La propia Ley ha renunciado a la coherencia desde el momento en que define a los bienes patrimoniales como aquellos que no están afectos al uso general o a los servicios públicos, a menos que una Ley los califique como demaniales. En mi opinión es inútil buscar un elemento o seña de identidad inherente a la naturaleza de un bien que permita identificarlo como patrimonial y distinguirlo de los demaniales o incluso de los bienes de los particulares».

Reconocer la existencia de los “bienes patrimoniales afectos a un uso o servicio público” conlleva resaltar que la afectación constituye el elemento central, la esencia del régimen de los bienes públicos<sup>547</sup>. Sin embargo, debe advertirse que la admisión de la existencia de esta clase de bienes debe ser mesurada, realizarse con sumo cuidado, ya que puede presentar extremos problemáticos que, si no se abordan con cautela, distorsionarían la clásica dialéctica entre bienes demaniales y patrimoniales.

Ciertamente, este concepto parece contradecir, a primera vista, lo establecido por los arts. 4, 5<sup>548</sup> y 7 de la LPAP, que declaran, por un lado, que por razón del régimen jurídico al que están sujetos, los bienes y derechos de las Administraciones públicas pueden ser de dominio público o demaniales y de dominio privado o patrimoniales<sup>549</sup>; y por otro, que la afectación de un bien implica su calificación como demanial y la aplicación en bloque de un régimen exorbitante. *A sensu contrario*, que la ausencia de afectación supone que el bien es patrimonial y no debe aplicársele dicho régimen. Efectivamente, la legislación acoge el principio tradicional según el cual la afectación de un bien implica su naturaleza demanial, lo que a su vez comporta inevitablemente predicar del mismo una serie de características exorbitantes de régimen jurídico dirigidas a proteger y resguardar dicho bien. Entre ellas, se encuentra la inembargabilidad que ha tenido una justificación evidente: el carácter de inalienables de los bienes de dominio público, en cuanto *res extra commercium*<sup>550</sup>.

---

<sup>547</sup> Como sostiene MERCÉ DARNACULLETA I GARDELLA, M., Voz “Afectación, desafectación y mutaciones demaniales”, GONZÁLEZ GARCÍA, J. (coord.), *Diccionario de obras públicas y bienes públicos...*, op. cit., p. 51, «La afectación es la manifestación de una potestad pública a través de la cual se vincula un bien a uno de los fines, destinos o utilidades que, según la ley, determinan su entrada al régimen jurídico del dominio público. (...) La afectación es el elemento decisivo para calificar un bien como perteneciente al dominio público. Los bienes de titularidad pública que no resulten afectados a un uso o servicio público tienen la consideración de bienes patrimoniales».

<sup>548</sup> En este mismo sentido, el art. 65 de la LPAP afirma: «la afectación determina la vinculación de bienes y derechos a un uso general o a un servicio público, y su consiguiente integración en el dominio público».

<sup>549</sup> La subdivisión entre bienes patrimoniales afectos y no afectos a funciones públicas no está sistemáticamente regulada en la LPAP, aunque a la misma se alude en algunos preceptos de la Ley. Por ejemplo, en el art. 30.3 al hacer referencia a la inembargabilidad de los bienes y derechos patrimoniales materialmente afectados a un servicio público o a una función pública. De la misma forma, antes de la aprobación de la LPAP esta distinción se reflejaba en la legislación sectorial. En la Ley de Montes se regulaban los montes catalogados, que eran bienes patrimoniales, salvo determinados supuestos, en los cuales estaban sometidos a un régimen jurídico peculiar previsto en la misma Ley, dada la función pública a la que estaban sometidos.

<sup>550</sup> En cambio, los bienes patrimoniales de la Administración no son *res extra commercium*, sino objeto del tráfico jurídico-privado, al igual que los bienes que integran el patrimonio de los particulares.



Modificando la regulación existente, esta nueva categoría de bienes<sup>551</sup> introduce algunos matices al respecto y permite observar el carácter dual y autónomo de la afectación respecto de la institución demanial<sup>552</sup>, ya que hay bienes patrimoniales afectados a una finalidad pública y bienes patrimoniales que no lo están, frente a los bienes demaniales que, además de estar afectados, han sido calificados de esta manera y se les ha decidido aplicar el régimen administrativo especial de protección y uso de los bienes.

Por todo lo anterior, el reconocimiento legal de los bienes patrimoniales afectos exige previamente buscar un equilibrio entre dos afirmaciones: 1) los bienes patrimoniales afectos no son bienes demaniales, porque si no, no tendría ningún sentido

---

<sup>551</sup> CHINCHILLA MARÍN, C., *Bienes patrimoniales del Estado...*, *op. cit.*, p. 56, precisa que no puede imputarse a esta Sentencia el haber añadido una tercera categoría de bienes públicos a los dos ya existentes. «*En mi opinión no puede decirse que la STC 116/1998 haya venido a configurar una “nueva” categoría de bienes, intermedia entre los patrimoniales y los demaniales; antes al contrario, el Tribunal no ha hecho más que reflejar la realidad existente en el momento de pronunciar su sentencia, ya que no hay que olvidar que incluso la expresión misma “bienes patrimoniales no afectados directamente a la prestación de servicios públicos” es una expresión acuñada por el legislador*». Y continúa indicando: «*En nuestro ordenamiento jurídico -no obstante la simplicidad de las formulaciones legales que dividen a los bienes públicos en dos categorías y fundamentan dicha división en la aplicación de un régimen jurídico privado o público, según qué tipo de bien se trate- existen bienes formalmente calificados de patrimoniales, pero destinados al cumplimiento de un fin público*». También en este sentido GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., «*La funcionalidad del patrimonio inmobiliario de la Administración Pública*», *Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, núm. Extraordinario, 2006, p. 308, defiende que no puede considerarse que esa doctrina jurisprudencial haya ocasionado el nacimiento o descubrimiento de esta tercera vía, «*En primer lugar, no ha de olvidarse que el reconocimiento de estos bienes patrimoniales se realiza, primero por el legislador, luego por el Tribunal Constitucional y más recientemente en la propia LPAP (...). En segundo lugar, que es lo que aquí más nos interesa, si ya es difícil y discutible apreciar el criterio del servicio público como fin público determinante del régimen demanial y también lo es constatar esa “afectación material” a un servicio público, más aún lo es apreciar esa afectación material a una “función pública”*». En cambio, SAINZ MORENO, F., «*El dominio público: una reflexión sobre su concepto...*», *op. cit.*, p. 479, sí sostiene que se trata de una nueva categoría o grupo de bienes, al afirmar que: «*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 afectos 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*» y que «*De esta Sentencia resulta 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*».

<sup>552</sup> Precisa MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I., «*Los bienes patrimoniales afectados a usos o servicios públicos: una categoría emergente*», ARENILLA SÁEZ (coord.), *La Administración Pública entre dos siglos (Ciencia de la Administración, Ciencia Política y Derecho Administrativo), Homenaje a Mariano Baena del Alcázar*, INAP, Madrid, 2010, pp. 1553-1554, que el cambio en el art. 7.1 de la LPAP es importante tanto para los bienes patrimoniales como para la afectación, puesto que ya no se puede decir que la afectación es criterio de demanialidad, pues cabe la afectación sin que ésta sea su consecuencia y tampoco cabe definir los bienes patrimoniales como los que no están afectados a una finalidad pública. Sin afectación no hay demanialidad, pero puede haber afectación sin demanialidad.

reconocerles autonomía; 2) por esa razón, los bienes patrimoniales afectos no participan de la totalidad del régimen aplicable a ninguno de los dos tipos de bienes.

Habrà que diseñar un régimen jurídico intermedio, que reúna características del régimen demanial y del propio de los bienes patrimoniales tradicionales, que permita conseguir la optimización de su rentabilidad, siempre importante, pero especialmente en momentos de crisis económica. Los bienes patrimoniales afectos ofrecen grandes ventajas desde su perspectiva de explotación o aprovechamiento.

La afectación está en el centro de sus posibilidades de uso o disfrute<sup>553</sup>, pero, satisfecha o garantizada, nada impide la utilización en el marco propio del derecho de propiedad, a través de los negocios jurídicos pertinentes. Habrà que comprobar en cada caso si los bienes son susceptibles de arrendamiento, enajenación, permuta o cesión gratuita. Todo dependerà de la efectiva compatibilidad del uso que se pretenda y su conformidad con aquélla. Cabrà pues gravarlos, dejando a salvo y asegurando el destino público, siempre que se utilice la técnica jurídica apropiada<sup>554</sup>, y más aún cuando no estemos ante bienes demaniales. Para ello, cuando se trate de negocios que involucren bienes públicos, nuestro ordenamiento jurídico ya dispone el obligado de cumplimiento de toda suerte de garantías.

### **3.2. ELEMENTOS INCLUIDOS Y EXCLUIDOS DEL CONCEPTO DE BIEN PATRIMONIAL AFECTADO**

Es sumamente necesario concretar cuáles son los bienes patrimoniales que están afectados materialmente a un uso o servicio público y cuáles no lo están, porque el embargo únicamente podrá ser acordado por los jueces y tribunales para estos últimos<sup>555</sup>. Entre los que sí lo hacen, hemos de citar a todos aquellos bienes que se

---

<sup>553</sup> Los bienes demaniales, comunales y patrimoniales afectos a una finalidad pública son bienes públicos desde una perspectiva material, es decir, en cuanto que por servir a una finalidad específica de carácter público -obras o servicios públicos o cualquier otra finalidad constitucionalmente legítima- tienen definido un tipo de uso o aprovechamiento que en tanto no varíe la afectación, rige por completo el destino del bien y determina su régimen jurídico, impidiendo cualquier otro que no sea compatible. Lo que no quiere decir que no se permitan aquellos que sí lo sean.

<sup>554</sup> MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I., «Los bienes patrimoniales afectados...», *op. cit.*, p. 1561.

<sup>555</sup> Precisa SAINZ MORENO, F., «El dominio público: una reflexión sobre su concepto...», *op. cit.*, pp. 510-511, que la exclusión de la posibilidad de embargo de los bienes demaniales, comunales e incluso los patrimoniales que se hallen materialmente afectados a un uso o servicio público salvaguarda la seguridad jurídica, la eficacia de la Administración y la continuidad en la prestación de los servicios públicos (art. 103.1 CE). Por ello y para la adecuada selección de bienes, el Tribunal Constitucional recuerda la

encuentren materialmente afectados a un uso o a un servicio público, es decir, destinados a cumplir un fin público. Para poder identificarlos habrá que analizar cada supuesto concreto, teniendo presente que se podrá acudir a los inventarios valorados de todos los bienes y derechos, que serán de utilidad si reseñan la naturaleza correspondiente a cada uno de ellos.

### **3.2.1. Valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general**

El art. 30.3 de la LPAP prohíbe la providencia de embargo y el mandamiento de ejecución contra bienes y derechos patrimoniales *«cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación, estén legalmente afectados a fines determinados<sup>556</sup>, o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general»*.

Este último supuesto, referido a los valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales, plantea varias dudas ya que no queda claramente especificado en qué casos las sociedades estatales ejecutan políticas públicas y en cuáles no. ¿Teóricamente no deberían todas las sociedades estatales ejecutar políticas públicas? Igualmente, al indicar que dichos valores o títulos estarán excluidos de embargo cuando “presten servicios de interés económico general” se genera una gran inseguridad jurídica. ¿Qué sucede cuando sí prestan servicios de interés general, pero éstos no son económicos?

Debe recordarse que ha sido la Unión Europea quien ha desarrollado el concepto del servicio de interés general<sup>557</sup> que recoge la tradición europea del servicio público

---

obligación de las Administraciones de formar inventario valorado de todos los bienes y derechos que les pertenecen y reseñar por separado los bienes según su naturaleza.

<sup>556</sup> Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura núm. 71/2012, de 28 de marzo, -*JUR* 2012/131599-, sostiene que dentro de este supuesto se incluye el caso de los bienes integrados en el patrimonio público de suelo, ya que, como establecen los arts. 29 y 38 del Real Decreto-Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, los ingresos obtenidos por su enajenación deben destinarse a la conservación, ampliación y administración del mismo.

<sup>557</sup> En mayo de 2003 la Comisión Europea adoptó un Libro Verde sobre los servicios de interés general en Europa que sirvió para abrir un debate sobre el papel de la Unión Europea en relación con la promoción de la prestación de servicios de interés general, la definición de los objetivos de interés general de estos servicios, su organización, financiación y evaluación. Como consecuencia de este debate, la Comisión

que no tiene en todos los Estados el mismo perfil jurídico. Justamente porque el grado de intervención de las instancias comunitarias difiere sustancialmente, la Comisión Europea distingue tres conceptos:

- a) ***Servicios de interés general***: es el concepto más amplio. Son actividades de servicios comerciales o no, consideradas de interés general por las autoridades públicas y sujetas, por ello, a obligaciones específicas de servicio público. Engloban las actividades de servicios no económicos, las funciones básicas del Estado y los servicios de interés económico general.
- b) ***Servicios de interés económico general***: son actividades económicas o comerciales, susceptibles de contraprestación, pero en las que están presentes misiones de interés general y están sometidas a obligaciones específicas de servicio público por parte de los Estados miembros. Predomina en ellos el componente económico, tanto en su gestión marcada por la eficiencia, como en su conexión con el conjunto de la actividad económica de la que son sectores básicos y fundamentales. Tal condición tienen los servicios de transporte, energía, servicios postales, telecomunicaciones, recogida y tratamiento de residuos, etc.
- c) ***Servicios de interés general no económicos***: son servicios característicos del Estado social como son los servicios de educación, sanidad, asistenciales, etc. Este tipo de prestaciones se ofrecían también prioritariamente a través de instituciones privadas de beneficencia. Sin embargo, el Estado social impulsó una decidida intervención del Estado en la sociedad, potenciando el protagonismo público en la prestación de estos servicios.

### **3.2.2. El caso de los edificios administrativos**

Especial consideración merece el caso de los edificios públicos porque aunque son considerados bienes demaniales por la LPAP, en su art. 5, sería conveniente calificarlos de bienes patrimoniales afectos y flexibilizar su régimen jurídico. No hay ninguna razón en nuestro Derecho positivo para el mantenimiento del carácter demanial

---

adoptó un Libro Blanco, en mayo de 2004, en el que expuso el enfoque adoptado por la Unión Europea para potenciar el desarrollo de servicios de interés general de calidad.

de estos inmuebles<sup>558</sup>. La aceptación de la categoría de los bienes patrimoniales afectos a un uso, servicio o función públicos debería haber llevado a las modificaciones oportunas, pues todo lo demás no cambiaría, salvo la transparencia y la claridad.

Es por este motivo y puesto que existen circunstancias para encontrar otras soluciones que debe ser analizada la regulación legal de la gestión de estos edificios administrativos.

#### ***A) La regulación legal de la gestión de los edificios públicos***

Conviene aclarar antes de entrar en el análisis del régimen jurídico propiamente dicho de los edificios administrativos que, en las últimas décadas, se ha producido una sentida ampliación de los mismos, que trae consigo, como consecuencias más sobresalientes, de un lado, el incremento del gasto público y la consiguiente necesidad de considerar con mayor detenimiento las implicaciones presupuestarias de su gestión; y, de otro, la conveniencia de regular, específicamente el régimen jurídico de la administración, uso y gestión de estos edificios en los que se ubican las oficinas y los servicios administrativos.

#### ***A) 1. El Derecho Comparado***

Las consecuencias que acaban de indicarse constituyen también una preocupación para el Derecho comparado, donde la ampliación de la masa inmobiliaria de edificios administrativos ha sido objeto de un importante acrecentamiento en los últimos tiempos. La cuestión ha sido abordada de forma decidida por el Derecho francés.

Al igual que ha sucedido en nuestro país, en Francia, como se ha precisado anteriormente, se viene apreciando una tendencia expansiva del ámbito objetivo de la demanialidad pública y de su régimen jurídico que ha desembocado en una hipertrofia

---

<sup>558</sup> MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I., «Un efecto de la crisis en el Derecho Autonómico Andaluz: la alienabilidad del Dominio Público. A propósito de una medida contenida en los Decretos-Ley 5/2010 y 6/2010», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 78, 2010, p. 387, «El reproche más grave que, en mi opinión, se puede hacer a la medida que introducen las normas andaluzas, salvadas las cuestiones estrictamente formales a que he aludido es justamente su conservadurismo, su apego formal a modos de hacer tradicionales que finalmente se ven obligadas a abandonar y lo hacen por el postigo, de forma vergonzante, no a las claras y con transparencia. Me refiero al mantenimiento del carácter demanial de los inmuebles destinados a sede de las oficinas y servicios administrativos, cuando no hay ninguna razón en nuestro derecho positivo para ello y cuando, además, se dan las circunstancias para encontrar otras soluciones».

de la categoría del dominio público, denunciada desde hace tiempo por la doctrina francesa y por el propio Consejo de Estado (*Rapport* sobre «La orientación del Derecho de las propiedades públicas» de 1987). La expansión del régimen de la demanialidad en relación a la gestión y administración de ciertos bienes, singularmente los edificios destinados a oficinas y dependencias administrativas (*bureaux publics*), ha acarreado consecuencias irrazonables, tales como el sometimiento de los mismos a la rigidez de un régimen jurídico que dificulta su uso por terceros e impide una mayor flexibilidad en la gestión y administración de este tipo de bienes por la Administración.

El CGPPP, ha confirmado una tendencia legislativa reductora de la demanialidad que se sustenta en una idea capital: la aplicación del régimen del dominio público ha de limitarse a garantizar el destino público de los bienes y derechos que tengan la consideración de demaniales, sólo en función de lo que exija la propia afectación o el destino público del bien, que se erige en la verdadera medida y límite de la demanialidad pública. La aplicación de este criterio en el terreno práctico tiene múltiples manifestaciones, en la lógica de la mayor rentabilidad del dominio público, como, por ejemplo, la restricción de la categoría de los bienes demaniales afectos al uso público a aquellos que sean objeto de un destino “efectivo” a dicho uso; la reducción de la categoría de los bienes demaniales afectos a un servicio público a los que necesiten de una adaptación («*aménagement*») que sea absolutamente indispensable para prestar dicho servicio; la erradicación de la teoría (asentada en la jurisprudencia del Consejo de Estado) de la demanialidad virtual o “por anticipación”; la posibilidad de gravar el dominio público con derechos reales limitados de naturaleza civil cuando ello sea compatible con la afectación o destino de la cosa; la restricción de la técnica de incorporación de bienes al dominio público por accesión a los elementos que sean “indisociables”; etc.

En relación a los edificios administrativos, esta tendencia reductora se ha dejado sentir de un modo particularmente incisivo. La primera previsión de importancia en este sentido fue la Ley francesa de 29 de agosto de 2002, sobre orientación y programación de la seguridad interior que, afrontando el problema de los edificios destinados a la justicia y a las dependencias policiales desde una perspectiva financiera y presupuestaria, permitió la figura del alquiler con opción de compra para la ubicación de oficinas y edificios destinados a tales fines (*leasing* inmobiliario o «*crédit-bail*»). La instalación de dependencias y servicios administrativos a través de figuras del Derecho patrimonial civil y mercantil fue confirmada posteriormente respecto de

los centros públicos sanitarios, a los que la Ordenanza gubernamental de 4 de septiembre de 2003 les confirió la posibilidad de establecerse mediante censo enfiteútico («*baux-emphytéotique*»).

Haciéndose eco de influyentes propuestas doctrinales, la Ordenanza núm. 2004-825 declaró que los inmuebles de la Administración del Estado (no los de las Colectividades locales) dejaban de tener consideración demanial para pasar a integrar la categoría de los bienes patrimoniales, con la confesada intención de rentabilizar y “valorizar” este tipo de bienes en el mercado. Por su parte, el antes mencionado CGPPP, de 21 de abril de 2006, ha extendido esta previsión a todos los edificios que alojen oficinas y dependencias públicas (no sólo a los estatales), desprovveyendo a los mismos de su tradicional carácter y naturaleza demanial (salvo excepciones contenidas en disposiciones legales específicas). A ello, el citado Código suma una prolija regulación de las operaciones económicas sobre dichos bienes (transferencia, intercambios o permutas y cesiones de propiedad).

En todo caso, al abandonar la naturaleza demanial, los edificios destinados a oficinas y dependencias administrativas pasan a ser alienables sin necesidad de desafectación. En virtud de estas previsiones legales, las Administraciones públicas francesas han planificado y ejecutado recientemente importantes operaciones masivas de venta de edificios administrativos al mercado; operaciones que se han condicionado, en la inmensa mayoría de los casos, al subsiguiente arrendamiento (u otras formas de ocupación, entre las que tienen cabida el *leasing* inmobiliario o los censos) de los mismos inmuebles, de forma que de propietaria pasa a ser arrendadora sin necesidad de trasladar las oficinas o dependencias en cuestión, con la contrapartida de obtener ganancias sustanciales como producto de la venta que, a su vez, pueden destinarse a la rehabilitación, reestructuración, adquisición y alquiler de oficinas. Así, los problemas derivados del uso de estos inmuebles por terceros han querido solventarse mediante la liberalización del régimen jurídico demanial que antaño pesaba sobre los mismos.

**A) 2. *La Ley 33/2003, de 23 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas***

La regulación de los bienes y derechos de dominio público en la LPAP, está pensada para operar con carácter supletorio respecto de la legislación especial. La aplicación en primer grado de sus normas sólo se produce en relación con aquellos escasos bienes o categorías de bienes demaniales que carecen de una disciplina específica en leyes demaniales de carácter sectorial entre los que, muy

señaladamente, figuran los edificios administrativos.

Los problemas que genera la gestión de estos inmuebles son objeto de una específica consideración en la LPAP, pudiendo decirse, incluso, que su particular problemática ha servido de guía para la regulación del dominio público que la propia Ley efectúa.

En consonancia con lo que preveía el art. 1.1 de la derogada Ley de Patrimonio del Estado, de 15 de abril de 1964, la LPAP consagra la expresa declaración del carácter demanial de los edificios administrativos de titularidad de la Administración General del Estado, de sus organismos públicos y de los órganos constitucionales del Estado donde se alojen sus oficinas o dependencias (art. 5.3 de la LPAP).

No obstante, los derechos de arrendamiento sobre edificios que se destinen a tales fines tienen -paradójicamente- carácter patrimonial a la luz del art. 7.2 de la Ley.

A partir de la afirmación de la naturaleza jurídica demanial de los edificios administrativos de titularidad pública, la LPAP aborda la cuestión desde una doble perspectiva: la optimización de la gestión de los edificios administrativos (1) y su posible uso por terceros en lo que no contravenga su afectación o destino principal (2), previsiones que se aplican exclusivamente al ámbito estatal (3).

1) El primero de dichos aspectos está regulado en el Título VI de la LPAP bajo la rúbrica de la «*coordinación y optimización de la utilización de los edificios administrativos*» destinados a oficinas y a dependencias de la Administración General del Estado y sus organismos públicos (arts. 155 a 165).

En el primer Capítulo se establecen las “normas generales”. En este punto destaca una noción realmente amplia de edificio administrativo (art. 155)<sup>559</sup>, pues tienen esta consideración, aparte de los ya destinados o afectados a oficinas, dependencias y la gestión de ciertos servicios públicos «*que se determinen reglamentariamente*», los edificios del Patrimonio del Estado susceptibles de ser destinados a dichas finalidades en el futuro, con independencia de su destino actual, lo que supone admitir

---

<sup>559</sup> SERRANO GONZÁLEZ, M., «Coordinación y optimización de los edificios administrativos» CHINCHILLA MARÍN, C. (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio...*, op. cit., p. 736, «*La intención del legislador parece haber sido la de hacer extensible este régimen a todos los inmuebles destinados de forma efectiva a alojar oficinas administrativas y servicios auxiliares, y a todos los que, independientemente de su uso y estado actual, puedan dedicarse en un futuro a esa finalidad, bien directamente y sin necesidad de adaptaciones, bien mediando reformas o construcciones*».



implícitamente un concepto “latente”, virtual o “por anticipación” de la demanialidad, desligado de la afectación y de la verdadera naturaleza del bien considerado.

Junto a ello, el concepto se amplía aún más al incluir también los terrenos adquiridos por la Administración General del Estado y sus organismos públicos en los que vayan a ubicarse edificios administrativos destinados a los fines señalados. A la vista de ello, cabe sostener que la regulación que la LPAP hace de la optimización de la gestión de los edificios administrativos de titularidad estatal y del propio concepto de edificio administrativo, enlaza con el carácter más abierto o variable del juego de las instituciones de la afectación y desafectación que, en general, permite la LPAP (Capítulo I del Título III -arts. 65 a 72- y art. 191).

Seguidamente, la Ley sienta un conjunto de principios de gestión de los edificios administrativos que están inspirados en un genérico objetivo de “optimización” del parque inmobiliario y de adecuación del mismo a las necesidades reales de su destino y afectación (art. 156), con lo que se pretende ajustar el uso de los edificios administrativos al paradigma de la racionalización de su planificación y de la mayor eficiencia en su utilización. Sin embargo, estos principios son únicamente la aplicación de los arts. 6 y 8 LPAP a la gestión de los edificios administrativos.

El segundo Capítulo del Título VI se dedica a los órganos de coordinación y de la gestión de los edificios administrativos y plasma el ejercicio de las competencias en la materia, capitalizadas notablemente por el Ministerio de Economía y Hacienda y la Dirección General de Patrimonio, órganos éstos a los que la Ley reconoce amplias facultades para ordenar y supervisar la utilización de edificios por la Administración estatal [art. 10.3, apartados. d) y g), art. 10.5. d), y arts. 157, 163 y 165]. No obstante, la participación de otros Departamentos y organismos pretende garantizarse mediante la Comisión de Coordinación financiera de Actuaciones Inmobiliarias y Patrimoniales<sup>560</sup>,

---

<sup>560</sup> Ha de señalarse que esta Comisión de Coordinación fue introducida en el art. 158 por el apartado 4 del art. 5 del Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público (BOE de 31 de marzo de 2012), que entró en vigor el 31 de marzo de 2012 y fue creado con el propósito de «*permitir una gestión más racional de los edificios administrativos, reduciendo gastos y generando ganancias de eficiencia*». La misma es el órgano colegiado interministerial de asistencia al Ministro de Hacienda y Administraciones en la coordinación de la gestión de los edificios administrativos, la aprobación de directrices y la adopción de medidas para una utilización más eficiente y racional de los mismos. Reemplaza a la Junta Coordinadora de Edificios Administrativos, que fue creada por el art. 19 del Decreto 2764/1967, de 27 de noviembre, sobre reorganización de la Administración Civil del Estado para reducir el gasto público, que le encomendó la programación de las necesidades de edificios para la instalación de las oficinas administrativas y de las adquisiciones, enajenaciones y construcciones que estime adecuadas con el fin de conseguir la mayor rentabilidad y eficacia de las inversiones autorizadas para este fin.

cuyas funciones fundamentales son las de informe preceptivo y propuesta (art. 158). Asimismo se reconoce la competencia de los Delegados y Subdelegados del Gobierno en relación al parque inmobiliario de la Administración periférica, aunque de forma subordinada a las directrices establecidas por el Ministerio de Hacienda y la Dirección General de Patrimonio del Estado (art. 159).

Finalmente, el Capítulo tercero contempla las actuaciones de “optimización”, concepto éste que incluye distintas potestades que abarcan desde la prospección y análisis del uso real de los edificios, la previsión de su evolución en función de la demanda de usos y servicios y la verificación y control de su aplicación efectiva (art. 160). Para ello, la Ley prevé la actualización de todas estas medidas a través de Programas anuales de actuación (art. 161) aprobados por el Consejo de Ministros y ejecutados por el Ministerio de Hacienda a través de la Dirección General del Patrimonio del Estado mediante Planes de optimización que podrán tener carácter territorial o sectorial (art. 162). La importancia de los efectos que conlleva la aprobación de estos Planes de optimización es capital, pues se proscribía la posibilidad de concertar o autorizar nuevas adquisiciones, arrendamientos, afectaciones o adscripciones de edificios en tanto no se ejecuten los Planes de optimización que les afecten, con cumplimiento de la totalidad de sus previsiones, salvo que concurran razones de urgente necesidad apreciadas por la Junta Coordinadora de Edificios Administrativos (art. 164).

En todo caso, este régimen de destino, gestión y uso de los edificios administrativos no puede ser leído sin tener presente la regulación que la propia Ley hace del régimen de adquisición, arrendamiento y enajenación de inmuebles en el marco del Título V relativo a la “*gestión patrimonial*”.

2) En segundo lugar, bajo el apartado relativo a la «*Utilización de los bienes y derechos destinados a un servicio público*», el art. 89 de la LPAP, dedicado a la ocupación de espacios en edificios administrativos por terceros, admite, con carácter excepcional, las ocupaciones que tengan por finalidad dar soporte a servicios dirigidos al personal destinado en ellos o al público visitante (tales como cafeterías, oficinas bancarias, cajeros automáticos, oficinas postales u otros análogos), o para la explotación marginal de espacios no necesarios para los servicios administrativos.

Según el mencionado precepto, este tipo de ocupaciones tienen como límite el menoscabo o entorpecimiento de la utilización del inmueble por los órganos o unidades alojados en él; lo que significa que tales usos privativos son subordinados y

tienen que ser en todo caso compatibles con la afectación. A tal fin, habrán de estar amparados en un título de uso apropiado: la autorización demanial, si la ocupación se efectúa con bienes muebles o instalaciones desmontables; la concesión demanial, si se produce por medio de instalaciones fijas; o por un contrato formalizado.

3) Finalmente, ha de subrayarse que las previsiones sobre el carácter demanial de los edificios administrativos (art. 5.3 de la LPAP), la naturaleza patrimonial de los derechos de arrendamiento (art. 7.2), las relativas al régimen de su gestión y optimización de su uso (arts. 155 a 165), y a su ocupación por terceros (art. 89) no son de aplicación general ni básica, por lo que sólo vinculan a la Administración General del Estado, de modo que las Comunidades Autónomas pueden adoptar legítimamente otras opciones, incluyendo -como ha acabado haciendo el legislador francés- la de conferir carácter patrimonial a los inmuebles públicos donde se ubiquen oficinas o dependencias de su propia Administración; o la de calificar los edificios administrativos como bienes patrimoniales “afectos” o vinculados al ejercicio de funciones públicas.

No debe olvidarse que esta mutación de naturaleza y régimen jurídico no conlleva la aplicación de un régimen minorado de prerrogativas administrativas para la defensa y protección de tales bienes y derechos, pues es sabido que la legislación básica estatal regula un núcleo común y básico de facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos y las garantías de su gestión son aplicables por igual a los bienes demaniales y a los patrimoniales.

#### **A) 3. Legislación autonómica**

Habida cuenta de la regulación específica que la LPAP hace de los edificios administrativos para el ámbito estatal, para examinar la regulación sobre los edificios administrativos en las distintas normas autonómicas, debe centrarse la atención en aquellas leyes que son posteriores a la LPAP<sup>561</sup>, en la medida en que algunas de ellas han prestado atención a la específica regulación que ésta hace del uso y gestión de los edificios administrativos con el objeto de señalar en qué medida trasvasan este régimen a su Derecho propio o se alejan de él.

---

<sup>561</sup> Hasta la fecha, dichas leyes son: Ley 5/2011, de 10 de marzo, del Patrimonio de Aragón; Ley 6/2006, de 17 julio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias; Ley 3/2006, de 18 abril, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Cantabria; Ley 11/2006, de 26 octubre, de Patrimonio de la Comunidad de Castilla y León, Ley 2/2008, de 16 de julio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Ley 5/2011, de 30 de septiembre, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia; Ley 11/2005, de 19 octubre, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de La Rioja; Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Patrimonio de Navarra; Decreto Legislativo 2/2007, de 6 de noviembre, de aprobación del Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Euskadi.

Esto se debe a que las previsiones relativas a la naturaleza, uso y gestión de los edificios administrativos, en la legislación autonómica anterior a la LPAP, son ciertamente escasas, ciñéndose generalmente a la declaración de su carácter demanial y, todo lo más, a la consiguiente aplicación a dichos bienes -en bloque y sin previsiones específicas- del régimen general del dominio público, tal y como hacía la legislación estatal anterior<sup>562</sup>.

1) *La Ley 5/2011, de 10 de marzo, del Patrimonio de Aragón* atribuye expresamente a los edificios administrativos carácter demanial, en el art. 4 c) al señalar: «*Son bienes y derechos de dominio público del patrimonio de Aragón aquéllos que se destinen a servicios, oficinas o dependencias de sus órganos*».

En su art. 120 define los edificios administrativos en los mismos términos que la LPAP, considerando como tales, «*los edificios destinados a oficinas y dependencias auxiliares de los órganos estatutarios de la Comunidad Autónoma, y de la Administración de la Comunidad Autónoma y sus organismos públicos; los destinados a otros servicios públicos que se determinen reglamentariamente; y los edificios del patrimonio de Aragón que fueren susceptibles de ser destinados a los fines expresados en las letras anteriores, independientemente del uso a que estuvieran siendo dedicados*».

La coordinación de la gestión de estos edificios utilizados por la Administración de la Comunidad Autónoma y sus organismos públicos, así como las actuaciones de optimización también son paralelas a la Ley estatal, dado que corresponden al consejero competente, en materia de organización y servicios y bajo la autoridad de éste, al director general de competente en la misma materia.

Las actuaciones de optimización previstas son los programas de actuación y los planes de optimización. El Gobierno es quien debe aprobar programas de actuación para

---

<sup>562</sup> Las leyes autonómicas de patrimonio anteriores a la LPAP, aún vigentes, son: Ley 4/1986, de 5 de mayo, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía; Ley 1/1991, de 21 de febrero, de Patrimonio del Principado de Asturias; Ley 11/1981, de 7 de diciembre, de Patrimonio de la Generalidad de Cataluña (objeto de sucesivas modificaciones actualmente refundidas por el Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de diciembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Patrimonio de Cataluña); Ley 6/1985, de 13 de noviembre, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha; Ley 3/1992, de 3 de julio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; Ley 6/2001, de 1 de abril, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; Ley 3/2001 de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid; y Ley 14/2003, de 10 de abril, de Patrimonio de la Generalitat Valenciana.

la optimización del uso de los edificios administrativos y la cobertura de las nuevas necesidades a través de la construcción, adquisición o arrendamiento de inmuebles. Mientras que la elaboración de planes para la optimización del uso de los edificios administrativos tiene que ser acordada por la dirección general competente en materia de organización y servicios, de acuerdo con el correspondiente programa de actuación.

2) *La Ley 3/2006, de 18 de abril, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Cantabria*, declara expresamente el carácter demanial de «*los inmuebles de titularidad de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Cantabria o de los organismos públicos vinculados a ella o dependientes de la misma en que se alojen servicios, oficinas o dependencias de sus órganos o de instituciones y órganos estatutarios de la Comunidad Autónoma de Cantabria*» (art. 4.2).

Tras ello, el art. 118 de la Ley regula el uso excepcional de los edificios reproduciendo literalmente el art. 89 de la LPAP.

En relación con el uso y la administración de dichos bienes, la única previsión legal es la atribución legal del ejercicio de las competencias relativas a «la optimización del uso de los edificios administrativos» al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Cantabria [art. 8.d], por lo que, sin perjuicio de la aplicación de las normas generales sobre la gestión y administración de bienes demaniales que la propia Ley contempla, la cuestión queda deslegalizada y diferida a su eventual regulación por vía reglamentaria.

3) *La Ley 6/2006, de 17 de julio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias* concentra en un único precepto, el art. 87, el régimen sustantivo y competencial de la utilización de los edificios de los órganos y organismos públicos de esa Comunidad Autónoma destinados a oficinas, dependencias y servicios administrativos, a los que previamente declara demaniales (art. 4.2).

La razón de las escasas previsiones que la Ley canaria dedica a la cuestión estriba, según se deduce del mencionado art. 87, en que la utilización de los bienes y derechos destinados a la prestación de servicios públicos “regulados” queda supeditada a lo dispuesto en las normas reguladoras de dicho servicios y, subsidiariamente, a las previsiones generales sobre bienes demaniales que la Ley prevé. Junto a ello, el propio precepto establece que los bienes destinados a servicios públicos que tengan carácter «no reglado» se utilizarán de conformidad con lo previsto en el acto de adscripción y, en

su defecto, por lo establecido en la Ley y sus disposiciones de desarrollo.

Dicho lo cual, las únicas previsiones específicas se refieren al concepto de edificio administrativo y al ejercicio de competencias por parte de los órganos de la Administración canaria sobre los mismos.

En relación con el concepto de edificio, el art. 87.3 considera como tales: a) los destinados a oficinas y dependencias auxiliares de las consejerías y de los organismos públicos; y, b) los edificios del patrimonio de la Comunidad Autónoma que fueren susceptibles de ser destinados a los fines expresados en los párrafos anteriores, independientemente del uso a que estuvieren siendo dedicados, asumiendo así el amplio concepto “virtual” o “por anticipación” asentado por la LPAP.

Por lo que se refiere al ejercicio de competencias sobre tales edificios, el propio art. 87.3 atribuye la coordinación de su gestión a la Dirección General competente en materia de patrimonio. A tales efectos, la citada Dirección General podrá recabar informes a las Consejerías y organismos públicos que tengan adscritos los indicados edificios, realizar visitas de inspección, y solicitar a la Dirección General competente en materia de personal datos sobre los efectivos destinados en las unidades que los ocupen. En concreto, corresponde a la citada Dirección General de la coordinación y distribución de las dependencias de los edificios de servicio múltiples cuya utilización se realice de forma compartida por distintas Consejerías y organismos públicos; la dirección y administración de dichos edificios, sin perjuicio de las competencias que correspondan a cada Consejería u organismo público respecto de las dependencias y bienes que tengan adscritos (art. 87.4); e informar preceptivamente los contratos de arrendamiento de edificios destinados a alojar oficinas o dependencias de la Administración autonómica (art. 30.3).

4) *Ley 11/2006, de 26 de octubre, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León*, repite, con pequeñas variaciones, el esquema de la Ley de La Rioja. Así, afirma el carácter demanial de «*los inmuebles de titularidad de la Administración General o de las entidades institucionales en los cuales se alojen servicios, oficinas o dependencias de sus órganos o de instituciones de la Comunidad*» de Castilla y León (art. 5.2). Seguidamente, reproduce la regulación del art. 89 de la LPAP en relación con el régimen de ocupación de espacios en edificios administrativos y su uso por terceros, con el mismo carácter excepcional y auxiliar (art. 57), a lo que sólo añade la competencia para otorgar los títulos demaniales de uso requeridos al efecto

(autorizaciones o concesiones, según el carácter desmontable o no de la instalación) a la Consejería o entidad instrumental que tenga atribuida la administración del edificio y, cuando se trate de un contrato administrativo, al órgano de contratación competente, previa autorización de la Consejería o entidad a quien corresponda la administración del edificio (art. 57.3).

Junto a ello, el Título V de la Ley (arts. 148 a 153) establece el régimen de administración y coordinación de la utilización de edificios administrativos que, en realidad, es una transcripción de los arts. 155, 156, 158 y 161 de la LPAP, adaptada a la organización de la Comunidad castellano-leonesa. Junto a ello, la Disposición Transitoria segunda dispone que *«la administración de los edificios de uso administrativos seguirá rigiéndose por las normas reglamentarias vigentes antes de la entrada en vigor de esta ley hasta que la Junta de Castilla y León desarrolle las previsiones del Título V de la misma»*.

5) *Ley 2/2008, de 16 de julio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Extremadura* incluye los edificios administrativos entre los bienes demaniales, al afirmar, en su art. 5.2, que son bienes y derechos de dominio público: *«los inmuebles de titularidad de la Administración de la Comunidad Autónoma o de los organismos o entes públicos dependientes o vinculados en que se alojen servicios, oficinas o dependencias de sus órganos o de los órganos estatutarios, se considerarán en todo caso, bienes de dominio público»*. No obstante, precisa a continuación el mismo artículo, tras la modificación operada por la Ley 2/2012, de 28 de junio, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y de juego, de la Comunidad Autónoma de Extremadura, que: *«la autorización por parte del Consejo de Gobierno para la enajenación de los citados bienes les atribuye la condición de bienes patrimoniales y resultarán alienables, sin necesidad de su previa declaración de desafectación»*.

El Título IV es el que se dedica específicamente a los edificios administrativos, definiéndolos, en el art. 141, en los mismos términos que la LPAP. A continuación, el Capítulo II contiene la regulación de los órganos de coordinación y aclara que la misma corresponde al titular de la Consejería competente en materia de Hacienda y, bajo su autoridad, al órgano directivo que tenga asignadas las funciones patrimoniales, que prevén la casi totalidad de las restantes Comunidades Autónomas. Sin embargo, a diferencia de las demás, la Ley extremeña indica que la asistencia a la Consejería para la elaboración de las propuestas de actuaciones de gestión es realizada por el Consejo Gestor de Edificios Administrativos.

Seguidamente, el Capítulo III especifica el contenido y el objeto de los programas y proyectos de actuación. Estos instrumentos responden al siguiente esquema:

1. Los programas generales anuales son sometidos, por la Consejería en materia de Hacienda, a iniciativa propia o a propuesta del Consejo Gestor, a la aprobación del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura.
2. Los proyectos de actuación son elaborados por el Consejo Gestor de Edificios Administrativos y aprobados por el titular de la Consejería competente en materia de Hacienda.

Por último, ha de destacarse la previsión del art. 150.2, en virtud de la cual no se pueden concertar o autorizar nuevas adquisiciones, arrendamientos, afectaciones o adscripciones de edificios en tanto no se ejecuten los programas o planes que se hubieran aprobado, salvo que concurran razones de urgente necesidad.

6) *Ley 5/2011, de 30 de septiembre, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia* prevé, en el apartado cuarto de su art. 2, la naturaleza demanial de los inmuebles de titularidad de la Comunidad Autónoma de Galicia y de las Entidades públicas instrumentales en que se alojen los servicios, oficinas o dependencias de sus órganos o de los órganos estatutarios de la Comunidad Autónoma.

El Título V «Gestión y optimización de los edificios administrativos» es el dedicado a la regulación de esta clase de bienes de forma breve en los arts. 96 a 98. El art. 96 define los edificios administrativos en los siguientes términos: *«Los edificios y locales de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y de las entidades públicas instrumentales afectados a usos administrativos de carácter general, tanto si se tratara de oficinas como de dependencias auxiliares de las mismas; los destinados a otros servicios públicos que se determinen reglamentariamente; los edificios del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia que sean susceptibles de ser destinados a los fines expresados en los apartados anteriores, independientemente del uso a que fueran dedicados»*.

El art. 97 enumera los principios que deben regir la gestión de los mismos: eficacia, racionalización y sostenibilidad. Finalmente, el art. 98, encargado de las competencias, dispone que a la Consejería competente en materia de Patrimonio le



corresponde la construcción y reforma de edificios administrativos de uso compartido o espacios adscritos a más de una Consejería o Entidad pública instrumental, así como cuando dichas obras afecten a la imagen unificada del edificio, en lo referido a sus características técnicas y constructivas. La realización de construcciones, reformas, grandes reparaciones o rehabilitaciones será competencia del órgano que las promoviere o de la Consejería competente en materia de Patrimonio, cuando el edificio sea de uso compartido.

7) *La Ley riojana 11/2005, de 19 octubre*, dedica previsiones específicas a la utilización, gestión y administración de edificios administrativos de los órganos estatutarios de la Comunidad Autónoma, de su Administración General y de los organismos públicos que integran el sector público riojano que siguen muy de cerca, a veces de un modo incluso literal, el régimen establecido por la LPAP para el ámbito del Estado.

En efecto, tras declarar específicamente el carácter demanial de los edificios dedicados a oficinas (art. 4.2), el art. 99 de la Ley riojana reproduce el art. 89 de la LPAP en relación con el uso de estos edificios por terceros, permitiendo usos excepcionales destinados a prestar servicios auxiliares al personal o a los visitantes siempre que no perturben la afectación del bien y cuenten con el título de ocupación correspondiente.

Por su parte, el Título VI de la Ley (arts. 126 a 137), sobre «órganos y actuaciones de coordinación en la utilización de edificios administrativos», es prácticamente una transposición del Título VI de la LPAP, que, pese a no invocar expresamente el principio de “optimización” que aquella Ley plasma, contiene una semejante pretensión de conseguir la más eficiente administración patrimonial de estos bienes facilitando su adecuación y suficiencia al servicio público al que están destinados.

Así, el concepto de edificio administrativo es idéntico al manejado por la LPAP. Los principios que rigen la gestión patrimonial de tales edificios, simplificados respecto de la regulación estatal, obedecen a los mismos objetivos de adecuación y suficiencia que rigen en aquel ámbito. Igualmente, la gestión de los edificios administrativos se articula mediante las técnicas de la planificación general y de la programación en ámbitos sectoriales o territoriales concretos (a cuya ejecución quedan subordinados los actos de adquisición y disposición de inmuebles donde se ubiquen oficinas y dependencias administrativas); y, asimismo, se prevé la intervención de un

órgano asesor al que se le encomienda el análisis de las situaciones y las necesidades planteadas, con la formulación de las propuestas que procedan (Comisión Coordinadora de Edificios Administrativos, cuya creación se fija en la Disposición Adicional 5ª de la Ley para el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la Ley). En todo caso, este régimen legal se establece, al igual que hace la LPAP, sin perjuicio del régimen general aplicable para la adquisición, administración, conservación y enajenación de los inmuebles que integran el patrimonio público. Llama la atención, sin embargo, que la Ley difiera la entrada en vigor de todo su Título VI a la efectiva creación de la Comisión Coordinadora de Edificios Administrativos (Disposición Final segunda).

La única peculiaridad digna de mención que contiene la Ley riojana en este punto es la previsión de actuaciones de colaboración con otras Administraciones públicas a través de programas que persigan «mejorar el aprovechamiento y explotación de los inmuebles administrativos y de los servicios públicos que se prestan» (art. 137.1); así como la de que, de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre patrimonio cultural, histórico y artístico, los Organismos Públicos y los órganos administrativos que forman parte de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja puedan solicitar, antes de instalarse en nuevas dependencias, un informe a la Consejería competente en materia de Cultura sobre la existencia de algún inmueble de titularidad pública perteneciente al patrimonio cultural, histórico y artístico riojano que pudiese ser adecuado para las funciones y actividades que deban desarrollar aquéllos. En caso afirmativo, se facilitará su utilización como sede administrativa siempre que el inmueble reúna las condiciones adecuadas y sea viable económicamente (art. 137.2).

Lógicamente, la Ley riojana también regula el régimen de atribución y ejercicio de las competencias de un modo propio, aunque paralelo a la regulación estatal. Así, corresponde al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma acordar el régimen especial de uso por terceros; competencia que el Gobierno ejercerá a través del «órgano competente en materia de Patrimonio de la Consejería de Hacienda» [arts. 12.1 d), 12.2 e) y 12.4 j)]. En relación a las funciones de “optimización” y coordinación, es tarea de dicha Consejería aprobar los índices de ocupación y criterios básicos de utilización de los edificios administrativos [art. 12.2 d)], así como actuar en condición de “Órgano Superior de Planificación y Dirección Patrimonial”, de acuerdo con las directrices o planes de actuación que determine el Gobierno para lo que contará con la asistencia de la Comisión Coordinadora de Edificios Administrativos (art. 128), órgano colegiado cuya composición se determinará reglamentariamente (art. 129), aunque

parece lógico pensar que en él habrán de estar representadas el resto de Consejerías. Éstas, por su parte, ejercerán las funciones inherentes a la administración, gestión y conservación de los inmuebles que tengan adscritos, bajo la coordinación del «Órgano Superior de Planificación y Dirección Patrimonial» (art. 130).

8) *La Ley Foral, 14 2007, de 4 de abril, del Patrimonio de Navarra* indica, en su art. 5, que «*en caso cualquier caso, se consideran de dominio público los inmuebles titularidad de la Comunidad Foral, en que se ubiquen servicios, oficinas o dependencias de sus órganos o instituciones*».

La regulación sobre los edificios administrativos se contiene en un único artículo, el 12, bajo la rúbrica «*planes de optimización de edificios administrativos*». El precepto establece la posibilidad de elaborar planes específicos de actuación para la optimización y racionalización en la utilización de los edificios y para la satisfacción de las nuevas necesidades planteadas a través de la construcción, adquisición, arrendamiento u otros negocios jurídicos de disposición de bienes o derechos. En la elaboración de dichos planes debe estar integrada una representación de los Departamentos u Organismos públicos que en cada caso resulten afectados. Para ello, debe remitirse al Departamento competente en materia de patrimonio el programa de necesidades en materia inmobiliaria y una propuesta de cobertura de las mismas.

9) *El Decreto Legislativo 2/2007, de 6 de noviembre, de aprobación del Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Euskadi* afirma expresamente, en el art. 4.2, el carácter demanial de los edificios administrativos, al establecer: «*En todo caso, tienen tal carácter los inmuebles titularidad de dichas entidades en los que se alojen sus servicios, oficinas o dependencias, así como los inmuebles utilizados por razón de empleo o cargo*». Sin embargo, no contiene otras previsiones específicas para la regulación de los mismos.

En conclusión, tras haber observado la regulación autonómica de la materia, cabe afirmar que, más allá de las lógicas cuestiones sobre competencia y procedimiento, la legislación autonómica sobre edificios administrativos es, en primer lugar, bastante escasa, pues la mayoría de las Comunidades Autónomas no cuentan con previsiones específicas para este tipo de bienes, a los que aplican la regulación general del dominio público. En segundo lugar, cuando existe, esa regulación es irregular en su alcance y extensión. Tres de las Leyes posteriores a la LPAP (Canarias, Cantabria y Galicia) acogen en lo esencial las previsiones más importantes sobre el carácter demanial y el régimen excepcional de uso de los edificios administrativos por terceros que

la LPAP sienta para el ámbito estatal, dejando otras facetas al desarrollo reglamentario, en especial en lo referente a la administración de esta masa patrimonial pública. Las otras leyes autonómicas posteriores a la LPAP (La Rioja, Extremadura y Castilla y León) sí abordan, junto a los ya mencionados aspectos, los relativos a la coordinación, uso y gestión de los edificios administrativos, aunque lo hacen siguiendo muy de cerca, casi podría decirse que textualmente, las previsiones sustantivas que la LPAP contiene para la Administración del Estado. En suma, las soluciones innovativas en la materia, que podrían ser múltiples dada la amplia competencia autonómica sobre el particular (pudiendo abarcar desde la propia naturaleza de estos bienes a su régimen de uso por terceros la totalidad de su gestión), son prácticamente inexistentes.

### ***B) Posibles modificaciones en la gestión de los edificios administrativos***

Puede afirmarse que a la luz de la tradición jurídica en esta materia, de la regulación que de esta cuestión hace la LPAP y las normas autonómicas más recientes, el régimen jurídico de los edificios administrativos destinados a oficinas y dependencias administrativas responde a un patrón bastante homogéneo, orientado por los principios de demanialidad, eficiencia, “optimización”, coordinación y planificación de la gestión de este patrimonio.

Las claves de este régimen pueden resumirse como sigue:

Declaración expresa del carácter demanial de los edificios de titularidad de la Administración, sus organismos públicos y de las instituciones que encarnan otros poderes (constitucionales o estatutarios) que se destinan a oficinas, dependencias y servicios administrativos. Sin embargo, esa declaración no se extiende a los derechos de arrendamiento sobre edificios privados que cumplan los mismos fines. Paradójicamente, en estos casos se afirma expresamente, sin que ello tenga sentido, el carácter patrimonial de dichos derechos de arrendamiento [art. 7.2 de la LPAP; art. 6.2 de la Ley 11/2006 castellano-leonesa; art. 6.2 de la Ley canaria 6/2006; art. 5.2 de la Ley 3/2006, de la Comunidad cántabra; y art. 5.2.b) de la Ley 11/2005, de La Rioja].

El carácter demanial de los edificios administrativos conlleva una regulación específica de los usos u ocupaciones por terceros. El modelo que se ha extendido es el del art. 89 de la LPAP, que contempla dichas ocupaciones como usos de carácter auxiliar y excepcional, condicionados a que la afectación del inmueble no se vea menoscabada, de modo que sólo se permiten usos subordinados a las propias

necesidades de la gestión y atención del personal que trabaja en los edificios destinados a oficinas. Se echa en falta, sin embargo, una regulación específica y más detallada de los usos que pudieran darse en los espacios no destinados a oficinas y dependencias en tales edificios en aras a su posible explotación económica (locales comerciales, subsuelo) que quizás sería conveniente no sujetar a las mencionadas limitaciones de uso, pues estos aprovechamientos no tienen por qué tener ese carácter auxiliar y excepcional.

Asimismo, es común definir el concepto de edificio en un sentido ciertamente amplio, pues junto a los inmuebles ya afectados, la legislación estatal y autonómica incluyen en dicho concepto a los edificios no destinados o afectados a oficinas, pero susceptibles de serlo en el futuro, de un lado, y, de otro, a los terrenos adquiridos por la Administración para construir sobre ellos tales edificios. Con ello, se consagra *ministerio legis* una suerte de afectación “virtual” o por anticipación ciertamente problemática. Piénsese, por ejemplo, en los edificios de naturaleza patrimonial “susceptibles de ser afectados” en el futuro a oficinas. ¿Cómo se determinaría ese concepto jurídico de “susceptibilidad”, que tantas graduaciones admite?; ¿se trataría de edificios ya “preparados” o “adaptados” a tales fines?; ¿incluiría el concepto a los que requirieran de reforma para ello? La cuestión no es baladí, porque según se responda en un sentido u otro habría que aplicar, entretanto se produce la afectación efectiva de dicho inmueble, bien un régimen de gestión demanial o bien patrimonial, con lo que el régimen jurídico que discipline las operaciones de transformación a practicar son muy diversas. En nuestra opinión, no debería acogerse ese concepto de “afectación virtual” que, si bien persigue “blindar” y proteger el futuro destino de los bienes así afectados, suma un efecto distorsionador sobre las posibles operaciones o negocios jurídicos (de cesión, permuta o enajenación) en las que eventualmente pudiera verse involucrado el bien antes de su efectiva vinculación a su destino (piénsese, por ejemplo, en operaciones urbanísticas que resuelven de una nueva ordenación o de la ejecución del planeamiento).

Junto a ello, también es general la regulación de los aspectos relativos a la planificación y gestión coordinada del parque inmobiliario de edificios administrativos que dependen de cada Administración. También aquí el modelo que se está generalizando es el que prevé la LPAP para el ámbito estatal. Modelo que pivota sobre la “optimización” y racionalización, en términos de adecuación a las necesidades reales, de la gestión de esta masa inmobiliaria. Dado que este es un problema comúnmente percibido por la Administración estatal y las

autonómicas, sería conveniente, en este sentido, trasponer al ámbito de las Comunidades Autónomas un régimen de gestión inspirado en los mismos principios con las lógicas adaptaciones de los aspectos de competencia y procedimiento.

Básicamente, las competencias ejecutivas y de coordinación deberían descansar sobre el órgano de la Consejería de Hacienda competente en materia de gestión patrimonial (la Dirección General de Patrimonio), sin perjuicio de las competencias de planificación que pudieran corresponder al Consejo de Gobierno. En todo caso, el análisis de los índices de ocupación y su verificación real sobre el terreno, la programación detallada de las necesidades, las previsiones de uso y la ampliación y adaptación del parque inmobiliario podrían corresponder a la Consejería de Hacienda, que puede ejercerlas a través de la Dirección General de Patrimonio como órgano de coordinación de los intereses de los distintos organismos y Consejerías afectados. Para ello es muy acertado regular, como se hace en el ámbito del Estado y de las Comunidades Autónomas que han recibido el modelo, un órgano interadministrativo al que se le encomendasen funciones de informe y propuesta en relación al análisis de las situaciones y las necesidades planteadas que, junto a ello, permitiese la representación y coordinación de los intereses de las distintas Consejerías y organismos afectados.

No obstante, el sistema de gestión debería excluir a los órganos estatutarios que encarnan otras instituciones distintas de la Administración (Defensor del Pueblo, Cámara de Cuentas, Consejo Audiovisual, etc.). Si bien es legítimo y hasta conveniente que la Ley se pronuncia sobre el carácter demanial de los edificios que alojan dichas instituciones (como hace la Ley estatal y las autonómicas), debe decirse que las Leyes de creación de dichas instituciones de autogobierno confieren una amplia autonomía para la gestión de su propio patrimonio, lo que incluye la competencia para fijar y planificar sus propias necesidades de alojamiento y sede.

Así, las variaciones que sería conveniente introducir en este ámbito son las siguientes:

1ª) La primera modificación, que se puede llevar a cabo, es conferir naturaleza patrimonial a los edificios de titularidad administrativa donde tengan su sede las oficinas y dependencias de la Administración autonómica y de los órganos e instituciones estatutarias. Específicamente, se tratarían así de bienes patrimoniales afectados por su especial vinculación a *«un servicio público o a una función pública»*

(en expresión del art. 30.3 de la LPAP). De esta manera, se podrían ofrecer varias ventajas:

1.- Con carácter general, el régimen de gestión y usos por terceros de los edificios administrativos sería el propio de los bienes patrimoniales afectos y, por lo tanto, sería un régimen de gestión mucho más flexible que el actual.

2.- Las notas de exorbitancia de ese régimen estarían limitadas a sus normas de defensa y protección (que, básicamente, son igualmente aplicables a los bienes demaniales y a los patrimoniales) y a la aplicación del principio del privilegio de la inembargabilidad, que es el efecto que consagra para los “bienes patrimoniales materialmente afectados” el citado art. 30.3 de la LPAP (que no tiene carácter básico ni pleno) a resultas de la citada jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional a partir de la Sentencia núm. 166/1998, de 15 de julio.

3.- Habría que prever, en consecuencia con esta naturaleza jurídica, la aplicación del régimen de afectación y de desafectación demanial a los edificios administrativos; exigiendo en todo caso, en orden a su enajenación, la previa desafectación de la función o del servicio al que estuviesen vinculados.

2ª) Junto a esta elección novedosa, también cabe la opción de conservar la tradicional calificación otorgada a los edificios administrativos como bienes demaniales. No obstante, matizando o incluso descartando ciertos aspectos de la regulación asentados en el ámbito estatal y autonómico.

Recapitulando, puede indicarse:

1.- Frente a la tendencia iniciada por otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, singularmente el francés, la regulación legal de la gestión de los edificios administrativos destinados a oficinas y dependencias de la Administración en España arroja un monolítico cuadro normativo férreamente asentado sobre el carácter demanial de dichos bienes y la idea de afectación que lo sustenta. Con irregular alcance extensión, la legislación autonómica más reciente aborda la cuestión siguiendo muy de cerca la regulación que la LPAP prevé para el Estado.

De optarse por la naturaleza patrimonial de estos bienes, el régimen de gestión y usos por terceros de sería mucho más flexible que el actual. Las notas de exorbitancia de ese régimen estarían limitadas a sus normas de defensa y protección y a la aplicación del principio del privilegio de la inembargabilidad. Junto a esta opción

novedosa, también cabe la opción tradicional de calificar a los edificios administrativos como bienes demaniales, lo que estaría en línea con la propia legislación andaluza vigente sobre bienes de las Entidades Locales (Ley de 1999 y Reglamento de 2006). No obstante, de elegirse esta opción, creemos que hay ciertos aspectos de la regulación asentados en el ámbito del Estado y autonómico que la legislación andaluza debería matizar o, incluso, descartar. En primer lugar, abriendo las posibilidades del uso por terceros, que, en general, pudieran abrirse a todos aquellos usos especiales y privativos que no contraviniesen la afectación. En segundo lugar, creemos que la opción pro declarar demaniales estos bienes de forma “virtual” o por anticipación, como hace la legislación estatal y la autonómica, encierra problemas de gestión indeseables que, tal vez, obligarían a sopesar cuidadosamente esta posibilidad.

2.- La regulación de una obligación relativa a la conservación del Patrimonio de las Comunidades Autónomas inspirada en la figura de la Inspección Técnica de Edificios no parece necesario ni conveniente. En primer lugar porque, por regla general, la obligación legal de conservación de los inmuebles de titularidad pública destinados a edificios administrativos se atribuye legalmente al Departamento u organismo que tenga afectado o adscrito el bien o cuya administración le corresponda. Reordenar este sistema desconcentrado de gestión centralizando la función inspectora requeriría una ingente dotación de medios personales y materiales que solo parecería justificable si se hubiesen detectado deficiencias insubsanables en el cumplimiento de los deberes de conservación por parte de los Departamentos, organismos o unidades administrativas responsables. En segundo lugar, porque el sistema de inspección que consagra la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, basado en la verificación externa y periódica por parte de entidades independientes y técnicamente especializadas de que las edificaciones satisfacen ciertos estándares o especificaciones de seguridad y calidad que garantizan su uso y destino, es ya plenamente aplicable a los edificios administrativos destinados a oficina o «usos administrativos» en general, ya que éstos están expresamente comprendidos en el artículo 2.1.a) que fija el ámbito de aplicación de dicha Ley.

*C) Especial referencia a las operaciones realizadas por la Junta de Andalucía: «sale and lease-back», enajenación y arrendamiento de edificios administrativos*

*C) 1. Consideraciones generales*



En relación con los edificios administrativos, ha de citarse como un intento de valorización, aunque no ciertamente exitoso<sup>563</sup>, la operación financiera denominada “*sale and lease-back*” (venta y posterior arrendamiento financiero), realizada por la Junta de Andalucía, que implica la venta de determinados inmuebles, distribuidos en las ocho capitales de provincia<sup>564</sup> y su posterior arrendamiento por un período de tiempo específico.

El *sale and lease-back* es un contrato que consiste en la cesión del uso de un bien (generalmente inmobiliario) por una sociedad que busca financiación o liquidez, a cambio de una renta periódica, con opción de compra final a su favor, pero con la peculiaridad de que el bien ha sido adquirido previamente por el arrendador (comprador/arrendador).

El contrato de *lease-back* o venta y posterior arrendamiento financiero es un negocio jurídico complejo, concebido, en la práctica mercantil habitual, como un mecanismo de financiación de las empresas. Su raíz se encuentra en la transmisión del elemento patrimonial a la entidad financiera, lo que implica una entrada en la empresa de recursos financieros ajenos por el importe de la transmisión, acompañada de una recompra del mismo elemento previamente enajenado a través de la formalización de un contrato de arrendamiento financiero vinculado a dicho elemento en el cual no existen dudas razonables de que se ejercitará la opción de compra. Por medio de las cuotas, se devuelve el importe de dichos recursos conjuntamente con la carga financiera asociada a la utilización de los mismos. Desde el punto de vista económico, la sociedad que transmite el elemento patrimonial no pierde la disponibilidad material o posesión del elemento transmitido durante toda su vida útil porque el mismo permanece en todo momento afecto a la actividad empresarial. Del conjunto de operaciones realizadas resulta en la práctica que dicha sociedad consigue financiación ajena que es devuelta a lo largo del plazo temporal estipulado en el contrato de arrendamiento financiero.

En efecto, su finalidad típica es estrictamente financiera, ya que se basa en la enajenación de un activo empresarial y su simultánea recompra a través de la mecánica

---

<sup>563</sup> Se le ha criticado a la operación que dado que las empresas son instrumentales y propiedad total de la Junta de Andalucía, la misma viene a significar que la propia Junta se vende a sí misma los edificios y luego las empresas instrumentales buscan los recursos financieros necesarios para hacer frente a dicha operación de compra, ofreciendo como garantía el valor en el mercado de los edificios que son propiedad de la Junta de Andalucía.

<sup>564</sup> La relación contiene cuatro inmuebles en Málaga; cinco inmuebles en Almería y Jaén; seis en Cádiz y Córdoba; siete en Granada y Huelva, y treinta y uno en Sevilla. Se completa con cuatro inmuebles en Jerez de la Frontera (Cádiz), Marbella (Málaga) y Camas y San Juan de Aznalfarache (Sevilla).

del arrendamiento financiero con opción de compra. Con ello, la entidad enajenante no pierde la disponibilidad del activo enajenado, adquiere tesorería y, además, se beneficia de la deducibilidad de las cuotas a satisfacer por el arrendamiento financiero<sup>565</sup>.

El Tribunal Económico Administrativo Central, en su Resolución de 10 de mayo de 2000, afirmó que el negocio indirecto como en el que nos encontramos puede definirse como aquél en que las partes celebran un contrato típico y regulado en el ordenamiento jurídico con un fin distinto del que le es propio y específico. Sus características son: a) una yuxtaposición de diversas operaciones o negocios jurídicos; b) una finalidad distinta de la que es característica de cada uno de los contratos típicos celebrados; c) efectos directos propios del contrato celebrado; d) efectos indirectos queridos por las partes, que podrían haberse obtenido mediante un negocio o contrato típico distinto.

En todo negocio indirecto es preciso diferenciar entre los efectos directos, que son los que corresponden a la causa del contrato típico celebrado, y los efectos indirectos, que son los realmente queridos por las partes y que obedecen a una intención final o resultado que no podría ser conseguido a través de aquel negocio o contrato típico. En el negocio indirecto el complejo negocial celebrado resulta ser una simple pantalla jurídica o medio en la consecución de los fines buscados por las partes.

A través de la figura del negocio indirecto se trata de establecer un principio de libertad absoluta en la calificación, basada en el hallazgo de las intenciones últimas de quienes intervienen en el negocio jurídico y prescindiendo en gran medida del referente de la causa.

---

<sup>565</sup> Así lo indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2009, -RJ 2010/1041-, en su Fundamento Jurídico cuarto, en el que, además, se afirma que en el caso en cuestión no sólo no se produjo desplazamiento monetario entre las partes contratantes, sino que tampoco existió el beneficio financiero consecuencia natural del contrato de arrendamiento financiero. También en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2011, -RJ 2011/2919-, sostiene: «*La finalidad propia del lease-back es la de obtener financiación*», con lo que llega a la conclusión de que el supuesto que ella enjuicia «*no responde realmente a dicha finalidad, puesto que no existió flujo de tesorería procedente de la empresa de leasing a favor de la hoy recurrente, porque ningún pago de precio existió distinto de la entrega de los referidos pagarés (...). Si la finalidad del lease-back es obtener financiación, cabe indicar que la interesada no ha obtenido financiación alguna, pues los fondos recibidos no quedan en su poder, sino que revierten inmediatamente mediante la adquisición de un derecho de crédito o pagaré frente a las entidades de leasing y el pago de la primera cuota de leasing, satisfaciéndose además un sobreprecio por lo que no solo no se obtiene financiación, sino que se reducen los fondos de la empresa en dicho importe (...). Las operaciones descritas si bien tienen la apariencia de un contrato de arrendamiento financiero o lease-back, tienen únicamente una finalidad fiscal, pues van encaminadas a generar partidas a deducir en la base imponible en concepto de cuotas de arrendamiento*».

No se trata de desconocer los efectos jurídico-civiles pensados y queridos por las partes, mientras no perjudiquen a terceros, sino más bien de evitar, con un sentido práctico, que esa absoluta libertad de configuración, al menos formal y aparente, del contenido de los negocios jurídicos indirectos, pueda, de hecho, desvirtuar la correcta y natural aplicación de la norma tributaria. Con esta interpretación se pretende salvaguardar los intereses generales de la Administración Tributaria, sin tener que recurrir a la figura del fraude de ley, en la que hay una causa típica, a pesar de que el motivo, la intencionalidad, sea ir contra el espíritu y finalidad de esa ley.

Por ello, el negocio indirecto y el negocio en fraude de ley son conceptualmente distintos, si bien, puede el primero, al igual que los negocios típicos, ser realizado en fraude de ley.

En el negocio indirecto, su finalidad puramente fiscal evidencia que la causa de los mismos responde a la realidad de evitar la tributación o que ésta se realice en una cuantía inferior a la ordinariamente exigida, pero, como tales, dichas operaciones jurídicas son verdaderamente queridas.

Distintos son los supuestos de economía de opción que son admitidos por el Tribunal Supremo, en diferentes sentencias<sup>566</sup>, afirmando que el uso alternativo de las normas fiscales con el fin de abonar impuestos menos gravosos es lícito. De esta forma, el ahorro de impuestos o economía de opción forma parte del conjunto de elecciones desplegadas por el individuo para regular sus actividades económicas. Se produce cuando para la consecución de un determinado resultado puede utilizarse dos o más formas jurídicas que expresamente la Ley ofrece, siendo aquel resultado el propio de los negocios jurídicos celebrados, si bien éstos tienen un tratamiento impositivo diferente.

Pero no hay tal economía de opción cuando los negocios jurídicos concluidos producen, considerados en su conjunto y forma de unitaria, un resultado distinto al que les es propio a cada uno de ellos, y en atención al cual el ordenamiento fija su tributación. Cuando la finalidad de los hechos o procedimientos contractuales no es otra que esquivar la aplicación de la norma tributaria para obtener una ventaja patrimonial ilícita, vulnerando principios constitucionales fundamentales como los de capacidad económica, igualdad y progresividad, ya no se puede hablar de economía de opción, sino de elusión fiscal.

---

<sup>566</sup> Entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo, de 8 de junio de 2002, -RJ 2002/5372-; de 28 de septiembre de 2002, -RJ 2002/8292-; y de 24 de mayo de 2003, -RJ 2003/6281-.

### ***C) 2. Sujetos intervinientes y operaciones realizadas en las distintas modalidades de arrendamientos***

En cuanto a los sujetos, el Tribunal Supremo<sup>567</sup> ha señalado que el propio contrato de arrendamiento financiero o *leasing* se integra por tres personas: «una, el que suministra el bien (proveedor); otra, la financiera-arrendadora, que haciéndose cargo del mismo, dispone en favor de tercero (arrendatario), a quien se financia (tercer interviniente)».

En cambio, la clase de *leasing* conocida como *lease-back* se caracteriza porque en el mismo desaparece la figura del tercero proveedor del bien. Aunque se trata de un contrato lícito y válido, al amparo del art. 1255 del C.c., se exige que haya mediado una compra efectiva de la financiera a la arrendataria con la consiguiente tradición, aún en la forma simbólica de *solo consensu*, pero, en todo caso, es necesario y determinante dejar de poseer en concepto de dueño o como dueño.

Existen, en definitiva, dos operaciones: una de compraventa entre el proveedor y la compañía de *leasing*, y otra de arrendamiento financiero o *leasing* entre la compañía de *leasing* y el arrendatario, en las que intervienen globalmente consideradas tres personas que, según la modalidad de *leasing*, pueden ser distintas, o, como en el caso del *lease-back*, únicamente dos, al coincidir el proveedor y el arrendatario-vendedor.

No obstante, señala la jurisprudencia que el *lease-back* no constituye un verdadero *leasing*, puesto que en él su finalidad no es la de obtener o mantener el bien, sino la de conseguir dinero, por lo que el verdadero contrato celebrado, el querido por la voluntad de las partes, es el de un préstamo simple o mutuo. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2001, -RJ 2001/6860-, duda de la naturaleza del *lease-back* como *leasing* por el motivo fundamental de que la finalidad del mismo es la de obtener financiación, señalando: «En el caso la aparente transmisión de la propiedad respondió únicamente a una finalidad de garantía, es decir, a garantizar la

---

<sup>567</sup> Pueden consultarse las Sentencias del Tribunal Supremo, de 30 de abril de 1991, -RJ 1991/3115-; de 7 de febrero de 1995, -RJ 1995/1226-; de 26 de febrero 1996, -RJ 1996/1264-; y de 22 de junio de 2001, -RJ 2001/5073-, las cuales indican que no se configura la confluencia de dichos intervinientes como un solo negocio jurídico, sino que se dan dos contratos, netamente diferenciados, aunque conexonados y coligados en correlación, y así existe una relación de compraventa por la que la sociedad de *leasing* adquiere del proveedor o fabricante los bienes previamente seleccionados por el usuario y el propio arriendo financiero con opción de compra por el valor residual fijado en el contrato, y mediante el cual la entidad financiera cede por un período determinado de tiempo la posesión y disfrute de dichos bienes al usuario-arrendatario mediante contraprestación dineraria fraccionada.

*devolución de la deuda derivada del préstamo que fue el verdadero contrato celebrado entre las partes. Por consiguiente, operó prácticamente con una función fiduciaria “fiducia cum creditore”. Al acuerdo simulatorio, en el que se aparente una operación jurídica -inválida, por no querida- que oculta otra figura jurídica (simulación relativa), se le injerta la operación indirecta del efecto fiduciario... que el fiduciante sólo transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien, por lo que el fiduciario no se hace dueño real del objeto transmitido (sólo aparentemente)».*

### **C) 3. Tratamiento fiscal otorgado al lease-back**

Durante la vigencia de la Disposición Adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito no se plantearon dudas sobre la aplicación del régimen fiscal, que la misma regulaba, a los contratos de arrendamiento financiero en los que se había utilizado la fórmula del *lease-back*. La citada Disposición Adicional regulaba un contrato de arrendamiento financiero que incluía la modalidad de *lease-back* y cuyos elementos y requisitos eran los siguientes:

1. Su objeto era la cesión de bienes muebles o inmuebles adquiridos para dicha finalidad.
2. El arrendador debía ser una sociedad de arrendamiento financiero y tener como actividad principal el arrendamiento financiero o una entidad de crédito, banco o caja de ahorros.
3. El arrendatario debía ser un empresario.
4. La contraprestación era realizada a través de cuotas periódicas.
5. Debía incluir una opción de compra a su término a favor del arrendatario.
6. Los contratos debían tener una duración mínima de dos años cuando su objeto fueran bienes muebles y de diez años cuando fueran inmuebles.
7. El bien objeto del contrato debía quedar afecto a la explotación económica.
8. En las cuotas debía expresarse de forma diferenciada la parte que correspondía a la recuperación del coste, excluyendo el valor de la opción de compra final y la carga financiera.
9. Aquella parte, la que correspondía a la

recuperación de coste, debía permanecer igual o tener carácter creciente a lo largo del período.

El *lease-back* venía regulado en el art. 11.3 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, que fue derogado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades. La jurisprudencia ha señalado que a los mismos no se les aplica el régimen especial previsto para los contratos de arrendamiento financiero<sup>568</sup>, por la diferente naturaleza y finalidad<sup>569</sup>, siendo así que, además, el art. 11.3, en su apartado cuarto, era la *lex specialis* del *lease-back*, al prever específicamente la hipótesis de la previa transmisión de los bienes por parte del cesionario al cedente con ulterior cesión posesoria de signo inverso. En estos casos, en los que el bien cuyo uso se cede ha sido objeto de una previa transmisión por parte del cesionario al cedente, el cesionario debe continuar amortizando ese bien en las mismas condiciones y sobre el mismo valor anterior a la transmisión. Éstos son los contratos de venta de un bien seguido de su posterior arrendamiento con opción de compra conocidos como contratos de *lease-back* o de *retroleasing*.

Desde la perspectiva fiscal, el tratamiento que se le daba a los contratos de arrendamiento con opción de compra en el Impuesto sobre Sociedades era el mismo que el atribuido a cualquier arrendamiento, es decir, las cantidades que se pagaban en concepto de renta periódica eran gasto deducible en su totalidad y llegado el momento de la opción de compra, el elemento era tratado a efectos de amortización como un elemento adquirido usado por el valor residual, que era el que se amortizaba. En seguida se advirtió que el sistema podría tener un tratamiento fiscal ventajoso en la adquisición de bienes nuevos, puesto que el elemento resultaba prácticamente amortizado cuando el período de duración del contrato era muy inferior al período de amortización mínimo (coeficiente máximo) previsto en las tablas y, además, facilitaba la financiación. Surgió de esta manera el contrato de *leasing*, que fue regulado en la Disposición Adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio.

#### ***C) 4. Las concretas operaciones llevadas a cabo por la Junta de Andalucía***

---

<sup>568</sup> El art. 11.3 es una norma con alcance limitado, pues sólo se aplica a los contratos que no cumplan alguno de los requisitos establecidos en el art. 128. El Capítulo XIII del Título VIII de la Ley 43/1995 disciplinaba el régimen fiscal aplicable a determinados contratos de arrendamiento financiero, pero se ha considerado inaplicable, por razón de su objeto, a los contratos de *lease-back*.

<sup>569</sup> Así lo señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2009, -PROV 2009/281459-.

Concretamente, el Gobierno andaluz aprobó la enajenación de varios inmuebles de propiedad de la Administración autonómica a favor de dos Entidades públicas instrumentales: la Sociedad de Gestión, Financiación e Inversión Patrimonial, S.A. y la Empresa Pública de Gestión de Activos, S.A. con el objetivo de obtener recursos para completar el presupuesto<sup>570</sup>.

En consecuencia, conviene precisar cuáles son las características principales y las finalidades que cumplen estas dos sociedades mercantiles, intervinientes en estas acciones realizadas por la Junta de Andalucía, como forma de intentar obtener financiación.

**a) «Sociedad de Gestión, Financiación e Inversión Patrimonial, S.A.»**

El acuerdo del Consejo de Gobierno, de 10 de noviembre de 2009 (BOJA núm. 228, de 23 de noviembre de 2009) autorizó la constitución de la sociedad mercantil anónima «Sociedad de Gestión, Financiación e Inversión Patrimonial, S.A.», con naturaleza de sociedad mercantil del sector público andaluz, prevista en el art. 75 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

La Sociedad adscrita a la Consejería competente en materia de Hacienda, a través de la Secretaría General de Hacienda responde, según indica la Exposición de Motivos, de su acuerdo de constitución, a una pretendida gestión más eficiente y eficaz de la masa de bienes de titularidad pública, «*con objeto de mejorar el rendimiento de los mismos, por su complejidad y singularidad*». Por ello, se utiliza un instrumento -que se dice- más ágil y especializado.

---

<sup>570</sup> La Disposición Adicional segunda del Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público (BOJA núm. 147, de 28 de julio de 2010) indicaba: «*Se faculta a la persona titular de la Consejería competente en materia de patrimonio para la enajenación directa y a título oneroso a la «Sociedad de Gestión, Financiación e Inversión Patrimonial, S.A.» y a la «Empresa Pública de Gestión de Activos, S.A.» de los bienes inmuebles, cualquiera que sea su valor, que autorice el Consejo de Gobierno durante 2010, de conformidad con la Disposición Adicional segunda de la Ley 4/1986, de 5 de mayo, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Asimismo, se autoriza a las citadas Sociedades al endeudamiento necesario para la adquisición de los referidos inmuebles, atendido el valor que se dé a los mismos mediante la oportuna tasación y el de los gastos que la adquisición suponga. Se autoriza la celebración de contratos de arrendamiento de hasta treinta y cinco años de duración por parte de la Consejería competente en materia de patrimonio para la utilización, por parte de los Departamentos de la Administración de la Junta de Andalucía y Entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes, de los inmuebles adquiridos por la «Sociedad de Gestión, Financiación e Inversión Patrimonial, S.A.» y por la «Empresa Pública de Gestión de Activos, S.A.» al amparo de la autorización prevista en el párrafo anterior*». Esta misma Disposición Adicional segunda se contiene en la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía.

En suma, con objeto de optimizar la gestión patrimonial para el mejor desarrollo y ejecución de las competencias atribuidas a la Consejería de Economía y Hacienda, con la finalidad de evitar el impacto sobre el endeudamiento de las cuentas públicas se crea la sociedad mercantil del sector público andaluz.

La Sociedad tiene la consideración de medio propio y servicio técnico de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus Entes instrumentales públicos y privados respecto de las actividades integradas en su objeto social, pudiéndosele conferir encomiendas conforme a la normativa de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Su objeto está constituido por las siguientes actividades: gestión y explotación, incluido su arrendamiento, de los bienes y derechos integrantes o susceptibles de integrarse en el patrimonio de la Comunidad Autónoma andaluza, que se le encomienden; realización de trabajos de reconocimiento, identificación, inventario, investigación, comprobación, depuración, emisión de consultas, informes, dictámenes, certificados, valoraciones, tasaciones o comprobaciones de toda clase de bienes, muebles o inmuebles, derechos o propiedades incorporales, así como formulación de propuestas para la mejora y optimización de los patrimonios inmobiliarios de titularidad pública; promoción, financiación y gestión de toda clase de infraestructuras y servicios en relación con bienes inmuebles; gestión de la construcción, así como adjudicación y contratación de toda clase de obras y servicios relacionados con la actividad inmobiliaria y con la gestión de la construcción que le encomienden la Administración de la Junta de Andalucía y sus Entes instrumentales públicos y privados; realización de todo tipo de trabajos, gestiones y actuaciones en relación con la preparación, estudio, elaboración, desarrollo, ejecución y seguimiento de proyectos de colaboración público-privada que le encomienden la Administración y sus Entes instrumentales públicos y privados; asesoramiento y apoyo a la Consejería de Economía y Hacienda en el ejercicio de sus competencias sobre las materias relacionadas anteriormente y, en general, sobre cualquier otra materia de carácter económico-financiero de su ámbito competencial.

Estas actividades pueden ser desempeñadas por la sociedad para otras Administraciones públicas y Entidades públicas y privadas.

Para el buen fin de las funciones que tenga encomendadas la sociedad en cada momento, puede realizar las actuaciones jurídicas o técnicas que resulten



adecuadas, tales como celebrar contratos o convenios, contratar personal, emitir informes, elaborar estudios o proyectos, impartir cursos y otras tareas formativas, y cualquier otra necesaria para el ejercicio de sus cometidos.

La sociedad se financia mediante los recursos de su propio capital y las dotaciones consignadas en los presupuestos de la Comunidad Autónoma, así como cualquier otro recurso que se le atribuya o pueda recibir; bienes y derechos que constituyan el patrimonio de la sociedad, así como productos y rentas derivados de la gestión de dicho patrimonio; ingresos ordinarios o extraordinarios derivados o generados por ejercitar sus actividades y prestar servicios; donaciones, herencias y legados y otras aportaciones de Entidades privadas o de particulares; subvenciones y aportaciones de carácter público; y las operaciones de crédito que concierte.

***b) «Empresa Pública de Gestión de Activos, S.A.»***

Como se ha señalado, la Disposición Adicional segunda del Decreto-ley 6/2010, de 23 de noviembre, de medidas complementarias del Decreto-ley 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público, facultó a la persona titular de la Consejería competente en materia de patrimonio para la enajenación directa y a título oneroso a la «Empresa Pública de Gestión de Activos, S.A.» de los bienes inmuebles, cualquiera que fuera su valor, que autorizara el Consejo de Gobierno durante 2010, de conformidad con la Disposición Adicional segunda de la Ley 4/1986, de 5 de mayo, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Asimismo, se autorizó a la citada sociedad al endeudamiento necesario para la adquisición de los referidos inmuebles, atendido el valor que se diera a los mismos mediante la oportuna tasación y el de los gastos que la adquisición supusiera.

Por último, en la referida Disposición Adicional se autorizaba la celebración de contratos de arrendamiento de hasta treinta y cinco años de duración por parte de la Consejería competente en materia de patrimonio para la utilización, por parte de los Departamentos de la Administración de la Junta de Andalucía y Entidades de Derecho público vinculadas o dependientes, de los inmuebles adquiridos por la «Empresa Pública de Gestión de Activos, S.A.» al amparo de esta autorización.

Las previsiones incluidas en esta Disposición Adicional segunda implicaban la correspondiente adecuación de los estatutos de la «Empresa Pública de Gestión de

Activos, S.A.» (Acuerdo de 28 de diciembre de 2010, del Consejo de Gobierno, por el que se autoriza la modificación de la «Empresa Pública de Gestión de Activos, S.A.», BOJA núm. 255, de 31 de diciembre de 2010). Además, era necesario realizar otras modificaciones, a fin de ajustar los estatutos a la nueva situación de la entidad, lo que suponía sustituir referencias actualmente obsoletas, adecuar las funciones de la presidencia del Consejo de Administración a una presidencia que no tenga carácter ejecutivo, así como adaptar el régimen de control de la sociedad, el de las personas que ejercen en ella funciones de alta dirección y las expresiones de género al marco normativo existente en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

La sociedad tiene por objeto la tenencia, administración, gestión integral y explotación, enajenación, conservación y mantenimiento, incluido el mantenimiento y reparación de instalaciones térmicas en edificios, vigilancia, desarrollo, mejora y optimización y cualquier otra actividad de gestión, incluido el arrendamiento, de los bienes y derechos, materiales e inmateriales, muebles e inmuebles de su propiedad y de los que adquiriera en lo sucesivo, así como la gestión integral y administración, en su sentido más amplio, de los que le sean encomendados por la Comunidad Autónoma de Andalucía y/o por sus entidades instrumentales públicas y privadas. Asimismo, el asesoramiento y apoyo a la Consejería competente en materia de Hacienda de la Junta de Andalucía en el ejercicio de sus competencias sobre las materias relacionadas en el apartado anterior y, en general, sobre cualquier otra materia de su ámbito competencial.

El capital social de la sociedad se fija en la suma de ciento dos millones seiscientos setenta y cinco mil trescientos catorce euros.

El capital estará representado por acciones de un valor nominal de seiscientos dos euros cada una nominativas, con una numeración de la 1 a la 170.557 totalmente desembolsadas.

### ***c) Desarrollo de la operación***

Según la planificación oficial, la Junta traspasó la titularidad de los edificios a estas dos sociedades, que debían conseguir créditos de bancos y cajas de ahorro para financiar la operación. El precio venía constituido por el valor de tasación llevado a cabo para cada inmueble. Posteriormente, se facultó a los responsables de estas empresas y a la Consejería de Hacienda -titular de las competencias del patrimonio autonómico- a que firmen contratos de arrendamiento por un período de treinta

y cinco años, que figuraban en las partidas de gasto corriente de cada Departamento. En definitiva, la Junta se pagaba a sí misma una renta por inmuebles que eran suyos.

Las actuaciones evidencian que la demanialidad de los edificios administrativos no es más que un arbitrio formal<sup>571</sup> y que tiene ventajas, pero también muchos inconvenientes. No necesariamente se protege a los bienes cuando se les otorga esta calificación. El régimen demanial ha quedado reducido a formalidades y, a pesar del carácter que se le atribuya a un bien, cabe vulnerar la afectación con una simple desafectación, que puede ir incluso implícita en el acuerdo de enajenación, tal y como sucede en este caso.

#### *d) Medidas adoptadas por otras Comunidades Autónomas*

En esta línea de medidas, relacionadas con los bienes inmuebles, y practicadas con la finalidad de explotación de los mismos, debe también citarse el caso de la Generalitat Valenciana, la cual dentro de su Plan de Optimización del Patrimonio procedió a la enajenación de siete solares urbanos<sup>572</sup>, que no consideraba necesarios para el cumplimiento de sus fines institucionales.

Dicho Plan, que tiene como objetivo ahorrar y racionalizar los recursos patrimoniales de la Administración valenciana, incluye, además de la enajenación de bienes inmuebles y parcelas sin uso u ociosas, la reducción del cincuenta por ciento de los vehículos que conforman el Parque Móvil de la Generalitat y el Plan de Ahorro Energético.

A pesar de ello, la difícil situación que atraviesa el mercado financiero ha llevado a la Comunidad a revisar su estrategia y decantarse por el arrendamiento de los edificios en lugar de una mala enajenación. La Generalitat había tasado los inmuebles en un precio muy superior al que tenía posibilidad de obtener.

Por ello, ha decidido mantener su patrimonio aun sin obtener los ingresos esperados en su presupuesto.

---

<sup>571</sup> La Disposición Final segunda de la LPAP no permite dudar de que la calificación contenida en su art. 5.3 tiene un alcance reducido únicamente al ámbito reducido de la Administración estatal y sus organismos vinculados o dependientes. Por tanto, el legislador andaluz está habilitado para prescindir de ella y calificar estos inmuebles de patrimoniales.

<sup>572</sup> Puede consultarse el Diari Oficial de la Comunitat Valenciana (DOCV) núm. 675, de 18 de abril de 2012. En él se contienen las subastas de bienes inmuebles sitios en Castellón de la Plana, Alicante, Valencia y Paterna.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que, por varias que sean las ventajas, no siempre será conveniente formalizar un contrato de *lease-back*. Todo dependerá de la situación económico-financiera de la empresa. Por ello, hay que comprobar si la situación negativa es temporal o permanente. Es posible que para necesidades permanentes de liquidez tenga más sentido otro tipo de financiación, ya que con la ajena, únicamente se postergará el problema, sin realmente solucionarlo. Es por esto por lo que el *lease-back* tiene más sentido para situaciones temporales de falta de liquidez.

No hay que olvidar que el contrato de *lease-back* implica seguir pagando una cuota mensual en concepto de leasing para el disfrute del bien, es decir, decidir si pagar las cuotas de *leasing* o las cuotas de un préstamo hipotecario dependerá en gran medida de los cálculos que se hagan, pero es posible que en muchas ocasiones no compense traspasar la titularidad, ya que puede que se haya pagado más cantidad de dinero en total.

### **3.3. LOS FINES PERSEGUIDOS POR LOS BIENES PATRIMONIALES AFECTADOS**

Los bienes patrimoniales cumplen una evidente función financiera<sup>573</sup>, entendida no únicamente como la obtención de mayores ingresos, sino como la búsqueda de la rentabilidad dentro de ciertas fronteras y con sometimiento a ciertos principios. Dicha dimensión de la gestión patrimonial que no puede subestimarse en tiempos de déficit presupuestario es incluso una exigencia constitucional derivada del elemento teleológico, es decir, del servicio al interés general, que inspira la gestión del patrimonio del Estado<sup>574</sup>. Esta finalidad la cumplen también los bienes patrimoniales afectos, que son capaces así de permitir oportunidades de valorización. Al tener estos bienes un régimen jurídico más flexible que los bienes demaniales, pero disponiendo de las

---

<sup>573</sup> CHINCHILLA MARÍN, C., *Bienes patrimoniales del Estado...*, op. cit., p. 140, explica: «La finalidad financiera debe entenderse pues no como la función de los bienes del patrimonio del Estado (integrado, como precisa esta autora, por todos aquellos bienes que sean el instrumento material necesario para que la Administración desarrolle la amplísima variedad de actividades con las que cumple su función constitucional de servir con eficacia a los intereses generales), sino como un aspecto de su gestión, compatible y subordinado a su verdadera función de instrumento de los diversos fines de interés general a los que la Administración pública sirve (art. 103.1 CE)». Por este motivo, la función de los bienes patrimoniales es el cumplimiento de los fines administrativos distintos al uso general, que es cometido exclusivo de los bienes demaniales y la afectación directa a la actividad en que consiste el servicio público (actividad de interés general desarrollada por la Administración Pública).

<sup>574</sup> FALCÓN Y TELLA, R., «La finalidad financiera en la gestión del patrimonio», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 35, 1982, p. 368.

prerrogativas necesarias para garantizar su integridad, se consigue ese pretendido objetivo financiero<sup>575</sup>, al mismo tiempo que se cumple la finalidad pública<sup>576</sup>.

Sin embargo, no pueden descuidarse los riesgos de otorgar un excesivo protagonismo al interés financiero, en este ámbito, pues la tendencia al resurgimiento de la Hacienda patrimonial podría poner en peligro los pilares fundamentales de nuestro Estado<sup>577</sup>.

Habría que realizar los negocios jurídicos necesarios, siendo muy cautelosos y prestando especial atención al posible daño que se pudiera producir a la afectación.

En este contexto, debe señalarse que el interés financiero, en el sentido de interés por la rentabilidad de los bienes, es un aspecto que debe inspirar la gestión de todos los bienes públicos y no sólo de los patrimoniales, ya que ello se impone como una exigencia del principio de eficacia<sup>578</sup> en el servicio a los intereses generales, pero eso no

---

<sup>575</sup> GALLARDO CASTILLO, M.J., «Aprovechamiento económico y rentabilidad social de los bienes patrimoniales en tiempos de crisis: ¿una cuestión de legalidad o de oportunidad?, PORTILLO NAVARRO, M.J. y MERINO ESTRADA, V. (coords.), *Crisis económica y Entidades Locales...*, op. cit., p. 557, indica en este sentido: «Ciertamente, la transformación del bien en rendimiento económico es una posibilidad que no puede desconocerse ni rechazarse de entrada puesto que es el propio ordenamiento jurídico quien lo autoriza. Pero hay que advertir que ésta no es su finalidad primaria o, al menos, no debiera serlo si convenimos en que la rentabilidad social es el mejor destino que puede dársele a estos bienes. Se trata, pues, de discernir de una forma suficientemente ponderada entre aquellas situaciones en que ha de primar el impulso y movilización del patrimonio privado de la Administración que muestre escasa utilidad pública -bien mediante su enajenación o cesión a otras entidades públicas o privadas- de aquellas otras en que debe priorizarse el valor institucional dirigido a la satisfacción de una forma más o menos directa de los intereses públicos».

<sup>576</sup> GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., «La funcionalidad del patrimonio inmobiliario...», op. cit., p. 294 y pp. 310-312, sostiene que todos los bienes públicos deben estar al servicio de una finalidad pública, debido a que si toda la actuación administrativa debe estar necesariamente orientada al servicio de los intereses generales por imperativo constitucional, los bienes de la Administración deben ser unos medios puestos al servicio de esos intereses y, además, unos medios útiles y eficaces para la consecución de los fines públicos en cada caso encomendados. La no afectación a un uso o servicio público o la no afectación material o directa a una función o fin público determinado, no significa que el bien no esté vinculado a una finalidad pública porque todo bien público es un medio o instrumento para la realización de esos fines, que son los que justifican los medios.

<sup>577</sup> Así lo señala MENÉNDEZ REXACH, Á., en su trabajo «La nueva Ley de Costas: el dominio público como régimen jurídico de especial protección», *CEUMT, la revista municipal*, núms. 106-107, 1988, pp. 218-219, cuando indica que este resurgimiento entraña serios peligros que ponen en juego nada menos que la credibilidad del Estado social y democrático de Derecho.

<sup>578</sup> CONTÍN TRILLO-FIGUEROA, E. y GARCÉS SANAGUSTÍN, M., «Marco comunitario e internacional de la crisis y su incidencia en el gasto público», PALOMAR OLMEDA, A. (coord.), *La Administración en tiempo de crisis...*, op. cit., p. 2012, señalan que la gestión de los recursos públicos debe estar regida por los principios de eficacia, eficiencia, economía y calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de la mejora de la gestión del sector público. Como explican estos autores: «se trata de criterios de racionalidad económica y, por tanto, auténticos principios o criterios de limitación de las decisiones financieras que tienen como destinatario natural a la Administración. Puede

implica que ésta sea la exclusiva finalidad o la función esencial, que cumplen los bienes -ni siquiera los bienes patrimoniales del Estado-, su razón de ser y su permanencia en dicho patrimonio<sup>579</sup>. Puesto que la rentabilidad no puede ser el único objetivo de los bienes patrimoniales, con menos razón puede serlo de aquéllos que están afectados a un uso o servicio público. Estos últimos tienen asignado expresamente el cumplimiento de una función pública o de un servicio público por lo que la satisfacción del interés general aparece claramente reflejada.

En consecuencia, habrá que buscar un equilibrio entre ambas pretensiones para cada tipo de bienes y en función de los distintos grados existentes en la exorbitancia del régimen jurídico aplicable a los mismos. No debe perder validez, sino lo contrario, la citada escala de la demanialidad, expresada por DUGUIT.

Cuando la afectación sea más intensa, será mayor la finalidad pública y, probablemente, menor la rentabilidad; mientras que sucederá lo contrario cuando la afectación sea más limitada.

No obstante, esto en ningún caso puede llevar a la intercambiabilidad injustificada en la calificación jurídica de los bienes y que bienes demaniales se conviertan en patrimoniales con el único fin de obtener ingresos con los que atender a necesidades públicas. Como indica GALLARDO CASTILLO<sup>580</sup>, aunque hoy en día el principal interés público sea el saneamiento económico de las arcas públicas, la

---

*decirse que el significado de estos principios de eficiencia y economía consiste en que las decisiones en materia financiera se hagan con el mejor criterio económico posible y con la debida selección de las necesidades prioritarias. La eficiencia y la economía guardan estrecha relación con la eficacia en el análisis de los procedimientos de gestión tanto de ingresos como de gastos públicos, dando lugar a la conocida regla de las tres "es": la economía relaciona los medios empleados con los fines perseguidos; la eficacia vincula los fines perseguidos con los resultados obtenidos; y, por último, la eficiencia compara los resultados obtenidos con los medios empleados».*

<sup>579</sup> Refiriéndose específicamente a los bienes patrimoniales, CHINCHILLA MARÍN, C., *Bienes patrimoniales del Estado...*, op. cit., p. 141, afirma, además: «La obtención de recursos para el erario público es la finalidad propia y específica de la Hacienda Pública, pero no de los bienes patrimoniales del Estado. La Administración pública es titular de bienes para el desarrollo de su función, lo que no quita que la gestión que haga de esos bienes tenga que ser eficaz, esto es, obtener de ellos las rentas que sean capaces de generar. Si la finalidad de los bienes patrimoniales del Estado fuera exclusivamente la de procurar dinero a la Administración pública, no se justificaría el régimen jurídico de estos bienes, a los que -como se sabe, no obstante ser la propiedad privada de la Administración estatal- les resultan de aplicación algunas prerrogativas propias del dominio público». Por ello, continúa la autora cuestionando, algunos de los privilegios que tienen los bienes patrimoniales, como, por ejemplo, las formas privilegiadas de adquisición de bienes que no estarían justificadas si sólo el dinero para los presupuestos públicos fuera la única función relevante.

<sup>580</sup> GALLARDO CASTILLO, M.J., «Aprovechamiento económico y rentabilidad social...», op. cit., p. 559.

consecución de ganancias para satisfacer necesidades colectivas no es la función esencial de los bienes patrimoniales, sino de la Hacienda pública. *«La Administración necesita bienes. Y los necesita como instrumento, como soporte físico para el desenvolvimiento y desempeño de su actividad, lo que no excluye, sino que integra la utilización eficaz de éstos, pues -no se olvide- también la eficacia es una exigencia constitucional y ésta es susceptible de lograrse con rentabilidad económica, sí, pero también con rentabilidad social».*

#### **4. LA GESTIÓN DE LOS BIENES PATRIMONIALES**

##### **4.1. AFIANZAMIENTO DE UN RÉGIMEN JURÍDICO UNITARIO DE LA GESTIÓN PATRIMONIAL**

La sujeción del patrimonio de los organismos públicos a la LPAP responde a la idea de unidad patrimonial. Esta idea de unidad de la gestión patrimonial late claramente en la LPAP, no sólo desde un punto de vista estructural, como regla de principio, sino también puramente operativo, pues esa unidad es un presupuesto sumamente conveniente para la puesta en práctica del mecanismo de gestión a través de la Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria de Patrimonio (SEGIPSA) en los términos que prevé la Disposición Adicional décima de la LPAP.

Debe reconocerse, sin embargo, que la fuerza que pudiera tener el referido principio de unidad de los patrimonios públicos ha sido muy minorada por la realidad normativa. La multiplicación de normas reguladoras de distintos organismos públicos en las que se refuerza la independencia de gestión de sus patrimonios propios o separados ha generado, en la práctica, un auténtico fraccionamiento del régimen patrimonial, desvirtuando las pretensiones de coordinación y, en cierta forma, de centralización que estaban presentes en la anterior Ley de Patrimonio del Estado. En este sentido, no puede decirse que la nueva LPAP rompa con esa tendencia normativa de fragmentación del régimen patrimonial de los organismos públicos, pues, a pesar de consagrar su unidad en un nivel de principios y de reglas de aplicación general, esa impresión queda desmentida a la vista de las numerosas excepciones introducidas en algunas Disposiciones Adicionales y en la Disposición Final cuarta.

La Ley parte, efectivamente, del principio de unidad patrimonial, que consagra, en primer lugar, en un plano conceptual, integrando en el patrimonio del Estado, los organismos públicos que se encuentren en relación de dependencia o vinculación (art. 9.1); y, en segundo lugar, con la declaración general de que *«la gestión,*

*administración y explotación de los bienes y derechos del Patrimonio del Estado que sean de titularidad de los organismos públicos corresponderán a éstos, de acuerdo con lo señalado en sus normas de creación o de organización y funcionamiento o en sus estatutos, con sujeción en todo caso a lo establecido para dichos bienes y derechos en esta Ley»* (art. 9.3). Este último inciso (que remite a las clásicas normas sobre desafectación de los bienes por el titular del Departamento al que el organismo esté adscrito -art. 70.3 LPAP-; incorporación al patrimonio de la Administración General del Estado de los bienes propios de los Organismos Autónomos cuando ya no los necesiten para el cumplimiento de sus fines -art. 80-; etc.) queda, sin embargo, prácticamente vacío de contenido a la vista de las numerosas Disposiciones Adicionales de la LPAP que excluyen de su ámbito de aplicación a una gran cantidad de organismos públicos: el Instituto Cervantes (Disposición Adicional quinta 2ª), el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas (Disposición Adicional sexta); los Organismos Autónomos "Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa" y "Gerencia de Infraestructuras y Equipamiento de la Seguridad del Estado" (aunque, en ambos casos, su régimen especial tendrá una vigencia de quince años; Disposiciones Adicionales séptima y octava); la "Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria de Patrimonio, S.A." (Disposición Adicional décima) y la Entidad pública empresarial del Suelo "SEPE" (Disposición Adicional vigésima).

Además, la Disposición Adicional decimoctava dispone que *«no serán de aplicación las previsiones de esta Ley a la adquisición, administración y enajenación de los activos que integran la cartera de inversiones financieras y materiales de aquellos organismos públicos que, por mandato legal, estén obligados a la dotación de provisiones técnicas y otras reservas de carácter obligatorio»*.

La Disposición Adicional vigesimosegunda señala, por su parte, que *«no se entenderán incluidos en el Patrimonio del Estado aquellos activos de Entidades Públicas Empresariales y otras entidades análogas que estuviesen afectos a la cobertura de provisiones u otras reservas que viniesen obligadas a constituir o que tengan funcionalidades específicas según la legislación reguladora de la entidad pública de que se trate»*. Y, en fin, la Disposición Final cuarta 1º establece que *«los departamentos ministeriales y organismos públicos a los que corresponda la gestión y administración del dominio público estatal de carreteras, ferrocarriles, aeropuertos, puertos, montes, aguas, minas, zona marítimo-terrestre, dominio público radioeléctrico y demás propiedades administrativas especiales, ejercerán las competencias*



*establecidas en su legislación específica*», respaldando así las facultades de enajenación de inmuebles y, sobre todo, de bienes demaniales afectados a la prestación de servicios públicos de que disponen organismos como RENFE, AENA o las Autoridades Portuarias. Si a todo lo anterior se suman las tradicionales exclusiones de los bienes del Patrimonio Nacional (Disposición Adicional cuarta), el Patrimonio Histórico (Disposición Adicional decimocuarta), el Patrimonio Sindical Acumulado (Disposición Adicional segunda) y el Patrimonio de la Seguridad Social (Disposición Adicional tercera), puede concluirse que la LPAP se aleja definitivamente de la deseable unidad del Patrimonio del Estado que enfáticamente preconiza en sede de principios.

## **4.2. LA NATURALEZA FORMAL O SUSTANTIVA DEL RÉGIMEN DE GESTIÓN DE BIENES PATRIMONIALES**

### **4.2.1. Cuestiones formales o procedimentales**

La regulación de la LPAP relativa al aprovechamiento y explotación de los bienes patrimoniales es -en buena técnica legislativa- bastante parca. Ello porque, aunque bienes públicos, la administración de los bienes privados se rige fundamentalmente por el Derecho privado, salvo las cuestiones relativas a la competencia para adoptar los correspondientes actos y decisiones y las relativas al procedimiento a seguir. De esta forma, la legislación patrimonial pública reclama su aplicación preferente en la regulación de los actos de preparación y adjudicación de los contratos que se celebren sobre bienes y derechos patrimoniales, contemplando la supletoriedad de la legislación de contratos públicos para estas cuestiones y la remisión a la legislación civil y mercantil en lo referente a los efectos, cumplimiento y extinción de estos contratos (arts. 7.3, 107.3 y 110.1 de la LPAP), salvo los casos excepcionales en los que la legislación patrimonial ha considerado oportuno incorporar alguna previsión específica.

Bien es cierto que este sistema de fuentes sobre la gestión patrimonial, que es el consagrado por la LPAP, no tiene carácter de legislación básica, razón por la cual cabría una ordenación diferente en las correspondientes leyes autonómicas, que podrían eventualmente separarse del criterio fijado por el legislador estatal en sus respectivos ámbitos competenciales (para matizar, por ejemplo, la naturaleza privada de tales negocios jurídicos en función de la finalidad pública perseguida o del giro o tráfico administrativo del sujeto interviniente, en línea con el criterio sentado por el art. 5.2 del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público). Aunque debe consignarse, de forma inmediata, que no ha sido ese el criterio empleado por las

Comunidades Autónomas; ni las leyes autonómicas anteriores a la LPAP ni las posteriores se han alejado del sistema de fuentes que actualmente recoge la LPAP.

Es de subrayar, por tanto, que lo fundamental en la regulación del régimen de adquisición, administración, explotación y enajenación de bienes patrimoniales es centrarse en las cuestiones puramente formales de procedimiento y competencia, que son las que propiamente corresponde establecer al Derecho patrimonial público. Por consiguiente, es preciso insistir en la aplicación de las técnicas y reglas de garantía de los intereses públicos que, en esta clase de contratos, se singulariza en las fases de preparación y adjudicación, verdaderos “actos separables” -desde el punto de vista del Derecho aplicable y de la jurisdicción competente- del negocio de fondo.

La legislación vigente distribuye entre diferentes órganos administrativos la competencia para acordar la explotación de los bienes patrimoniales que no estén destinados a ser enajenados y sean susceptibles de aprovechamiento rentable, atendiendo al plazo por el que se acuerda conceder la explotación (art. 105 de la LPAP).

Así, la explotación de los bienes y derechos patrimoniales de la Administración General del Estado será acordada por el Ministerio de Hacienda, a propuesta de la Dirección General del Patrimonio del Estado, cuando el plazo sea superior a un año. Si el plazo inicial de la explotación no excede de un año, la competencia corresponderá al Director General del Patrimonio del Estado.

En el caso de los bienes patrimoniales de titularidad de los organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración estatal, serán sus presidentes o directores los competentes para determinar la forma de explotación de aquéllos. Estos órganos administrativos dispondrán además la forma de explotación y sus condiciones, y aprobarán las bases del concurso, en el caso de que se realice por particulares.

Sin embargo, la atribución del uso de bienes o derechos patrimoniales por plazo inferior a treinta días o para la organización de conferencias, seminarios, presentaciones u otros eventos no se sujeta a la regulación establecida por la LPAP. Bastará el acto de autorización del órgano competente en el que deberán fijarse las condiciones de la utilización y la contraprestación a satisfacer por el solicitante.

En la Ley se prevén dos formas de explotación, dependiendo del plazo. Por un lado, los pequeños usos, en donde se cede el bien por un plazo inferior a treinta días o

para la organización de conferencias, seminarios, presentaciones u otros eventos, en donde, hay una remisión genérica a los actos concretos que apruebe el gestor de los bienes. A su lado, las explotaciones de bienes patrimoniales públicos que tengan un carácter más permanente, a los que se les aplica el régimen de la Ley en su integridad.

Aunque uno de los principios de la Ley en materia de explotación de los bienes sea el de *«publicidad, transparencia, concurrencia y objetividad»* una de las modalidades de aprovechamiento, la referida a la utilización para la realización de eventos por menos de treinta días no se sujeta al procedimiento de otorgamiento que prevé la norma. Posiblemente, hubiera sido conveniente la fijación de los principios en los cuales este tipo de aprovechamiento se puede producir, para evitar utilidades indebidas de los mismos o que puedan ocasionar daños a los bienes o al funcionamiento normal del servicio. En todo caso, será competencia de la Administración *«las condiciones de la utilización como la contraprestación a satisfacer por el solicitante»*, tal y como dispone el art. 105.2 de la LPAP.

La adjudicación en principio se realizará por concurso, salvo que *«por las peculiaridades del bien, la limitación de la demanda, la urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles o la singularidad de la operación»*, lo que debería justificarse adecuadamente en el expediente. El régimen contenido en el art. 107 de la LPAP no es de aplicación, de igual manera, en los supuestos de arrendamiento con opción de compra, en donde se aplicará el procedimiento previsto para la enajenación de bienes. El plazo del contrato no deberá exceder de veinte años, incluidas las prórrogas, salvo que concurrieran causas excepcionales.

En cuanto al tipo de negocio jurídico que conduce a la explotación de los bienes patrimoniales, la LPAP es extremadamente laxa, en la medida en que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 106, *«podrá efectuarse a través de cualquier negocio jurídico, típico o atípico»*.

#### **4.2.2. Explotación y aprovechamiento de bienes patrimoniales por los particulares. Los negocios jurídico-patrimoniales**

Más allá de este núcleo esencial de cuestiones puramente formales (competencia y procedimiento), la regulación de aspectos sustantivos de los negocios jurídicos que versan o se proyectan sobre bienes y derechos patrimoniales no corresponde, por vía de principio, a la legislación administrativa, siendo -como acaba de decirse- una cuestión remitida a las normas del Derecho civil y mercantil. Sin embargo, las Leyes de

patrimonio, tanto la estatal como las autonómicas, han venido recogiendo de forma creciente algunas singularidades de fondo para ciertos negocios jurídico-privados que vienen a modular y superponerse a las previsiones del Derecho civil y mercantil<sup>581</sup>, pues si bien los negocios jurídicos sobre bienes y derechos patrimoniales están sujetos al principio de libertad de pactos, las Administraciones pueden concertar las cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración.

En particular, los negocios jurídicos dirigidos a la explotación de bienes o derechos patrimoniales podrán prever la realización por las partes de prestaciones accesorias relativas a los bienes o derechos objeto del contrato o a otros integrados en el patrimonio de la Administración pública contratante, siempre que el cumplimiento de tales obligaciones se encuentre suficientemente garantizado. Estos negocios jurídicos se tramitarán en expediente único<sup>582</sup> y se regirán por las normas correspondientes al negocio jurídico patrimonial que constituya su objeto principal.

A título de ejemplo cabe señalar las especialidades más significativas en relación con los siguientes contratos:

-Arrendamientos de bienes inmuebles a favor de la Administración, para los que la legislación patrimonial viene estableciendo de modo creciente especialidades sustantivas o de fondo relativas a la utilización del bien arrendado y a la resolución anticipada del contrato que se superponen a las propias del Derecho privado para contratos como los arrendamientos de parte del derecho de uso utilización compartida

---

<sup>581</sup> La explotación de bienes patrimoniales puede efectuarse a través de cualquier negocio jurídico, típico o atípico, siendo de aplicación a estos negocios las normas generales contenidas en el Capítulo I del Título V de la LPAP, relativo al régimen jurídico de los negocios patrimoniales. En concreto, los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre bienes y derechos patrimoniales se rigen en cuanto a su preparación y adjudicación, por la LPAP y sus disposiciones de desarrollo y, en lo no previsto por estas normas, por la legislación de contratos administrativos. A sus efectos y extinción se aplicarán las normas de Derecho civil o mercantil.

<sup>582</sup> En relación con el expediente, la LPAP establece una serie de actuaciones de trámite que deben tenerse en cuenta. En primer lugar, podrán preverse pliegos generales de pactos y condiciones para determinadas categorías de contratos que deberán ser informados, con carácter previo a su aprobación, por la Abogacía del Estado o por el órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico de las entidades públicas vinculadas a la Administración General del Estado. En todo caso, los actos probatorios de tales negocios jurídicos incorporarán los pactos y condiciones reguladores de los derechos y obligaciones de las partes, que deberán ser también informados previamente por los mencionados servicios administrativos de asesoramiento jurídico. En segundo lugar, la Intervención General de la Administración del Estado emitirá informe previo en los procedimientos de explotación de bienes o derechos patrimoniales cuya renta anual exceda de la cantidad de 1.000.000 de euros. Este

de inmuebles (art. 125 de la LPAP) o los contratos mixtos de arrendamiento financiero de bienes inmuebles (art. 128 de la LPAP). Otra figura en esa órbita es el arrendamiento financiero de inmuebles en construcción o en proyecto (así, por ejemplo, el art. 14. de la Ley catalana de Patrimonio lo contempla para supeditar la eficacia de estos contratos a la finalización de la obra, que es aspecto claramente sustantivo).

-Enajenación con reserva de uso de bienes patrimoniales, donde se suele establecer un régimen sustantivo particular para especificar los límites específicos o las particularidades del presupuesto de hecho de la celebración de esos contratos. Así, por ejemplo, el art. 131.2 de la LPAP contempla la posibilidad de transmitir el bien con la reserva del uso temporal del mismo en favor de la Administración condicionando esta modalidad traslativa a la existencia de razones excepcionales de interés público debidamente justificadas, y precisando que esa utilización temporal del bien puede instrumentarse a través de contratos de arrendamiento o cualesquiera otros que habiliten para el uso de los bienes enajenados, que serán simultáneos al negocio traslativo y que se someterán a las mismas normas de competencia y procedimiento que éste (como pudieran ser, por ejemplo, la constitución de un derecho real limitado de uso, como la enfiteusis, un derecho de superficie o de usufructo temporal, o un contrato financiero como el leasing o arrendamiento inmobiliario sobre bienes enajenados).

En la medida en que la regulación de aspectos de régimen sustantivo para estos contratos altera el sistema de fuentes y la propia lógica interna de la gestión patrimonial pública, la regulación de cuestiones de fondo que se apartan del tratamiento general de ciertos negocios privados debería ser contemplada como una posibilidad ciertamente excepcional que sólo cabría, por tanto, cuando se den causas justificadas para ello. Concretamente, ello sucederá cuando se esté ante negocios que precisan especialidades o modulaciones directamente inspiradas en las exigencias del interés general tutelado en cada caso (particularmente allí donde se quiera primar la rentabilidad “social” de estos bienes -en línea con lo prevenido por el art. 8.2 de la LPAP- frente a su rentabilidad puramente económica) o en razón de la especificidad de la Administración pública que los celebra.

## **5. APROXIMACIÓN DE REGÍMENES JURÍDICOS DE LOS BIENES PÚBLICOS**

Como ya se ha señalado anteriormente, una vez conocidas las dos grandes categorías existentes en el Derecho de bienes, que distingue entre los bienes demaniales y patrimoniales, así como el grupo intermedio de los bienes patrimoniales

afectos, es necesario indicar que, a pesar de sus diferencias, existe un núcleo duro que se aplica por igual a todos ellos. Esto permitirá tener presente también en este contexto que, aunque quepa y pueda defenderse una mayor o menor explotación según el caso, nuestro ordenamiento cuenta con una serie de mecanismos que garantizan que las finalidades que cada clase de bienes tienen encomendadas no se vean perjudicadas.

Así, se puede intentar conseguir una mejor explotación, redefiniendo las categorías jurídicas de los bienes públicos, pero sin llegar a modificar los dos grupos tradicionales existentes en nuestro ordenamiento.

El lugar preeminente que ocupa, en el Derecho de las propiedades públicas, el régimen específico de los bienes de dominio público ha propiciado tradicionalmente un efecto expansivo del régimen demanial<sup>583</sup> sobre las demás formas de propiedad pública que se hace especialmente evidente en el estudio de las facultades y prerrogativas dirigidas a la defensa de los patrimonios públicos. Debido a ese efecto de contagio, el régimen de los bienes patrimoniales de la Administración, de su patrimonio “privado”, ha incluido ciertos elementos de fondo extraídos del régimen propio del dominio público; en especial, las potestades y prerrogativas de autotutela declarativa y de defensa, de innegable naturaleza jurídico-pública, y de competencia contencioso-administrativa.

Recordando la “escala de la demanialidad”, que dibuja distintos *estatus proprietatis* que abarcan desde la demanialidad pública a la propiedad privada, es posible identificar una nítida tendencia a la progresiva difusión de un régimen exorbitante sobre bienes y derechos no pertenecientes al dominio público. La tendencia apuntada es claramente observable en la LPAP -siguiendo la línea avanzada por algunas leyes autonómicas anteriores a ella-, que predica de forma conjunta y genérica el

---

<sup>583</sup> MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I., «Un efecto de la crisis en el Derecho Autonómico Andaluz: la alienabilidad del Dominio Público. A propósito de una medida contenida en los Decretos-Ley 5/2010 y 6/2010»..., *op. cit.*, p. 383: «Hay conceptos jurídicos que tienen mala suerte, aunque en muchas ocasiones su mala fortuna esté muy relacionada con su indiscutible éxito. Es lo que le ha sucedido al dominio público. Su historia es la de una continua expansión cobijando cada vez mayores contenidos, aplicándose a nuevos supuestos y cosas. Difícilmente se puede encontrar una prueba mayor de la aceptación de una técnica para obtener los resultados apetecidos. Ese uso reiterado, engrosando el número de normas que han acudido a su virtualidad para ordenar aspectos concretos de la realidad, no puede sino interpretarse como una manifestación de la confianza que el legislador viene depositando en esta técnica desde hace poco menos de dos siglos. Pero al tiempo que se utilizaba el instrumento, se descuidada su construcción y su conservación».

ejercicio de las facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos tanto en relación con los bienes y derechos de naturaleza demanial como patrimonial y que, al cabo, engloba a ambas categorías en el género común de los “bienes públicos”.

En efecto, la doble condición pública de los bienes patrimoniales, en razón del sujeto al que pertenecen y de los fines a los que de forma directa o indirecta sirven (como expresamente proclama el art. 8.2 de la LPAP), determina que estos bienes “privados” de la Administración no se sometan *prima facie* al régimen ordinario o civilístico de la propiedad, sin perjuicio de la aplicación supletoria o principal de éste régimen según qué casos.

En primer lugar porque algunos bienes formalmente calificados de patrimoniales tienen un régimen de fondo muy cercano al de los bienes demaniales (paradigmáticamente, los montes catalogados). De otro lado, porque todos los bienes patrimoniales gozan de algunas de las prerrogativas típicas del dominio público (como prueban, entre otros aspectos, las excepciones a su embargabilidad -art. 30.2 LPAP-, o la recuperación posesoria de oficio o *interdictum proprium* -art. 55.3 LPAP-). A lo que cabría añadir, que –como ha quedado señalado- el Tribunal Constitucional tampoco ha encontrado problemático admitir que ciertos bienes patrimoniales pueden estar “materialmente” afectos al uso y servicio público y servir, así, finalidades típicas de los bienes demaniales.

Finalmente, como reverso de este fenómeno, también se ha destacado una tendencia normativa a aplicar a los bienes demaniales ciertas reglas del Derecho patrimonial privado que vendrían a dulcificar algunos aspectos demasiado rígidos de su régimen jurídico, cuyo predicamento en términos absolutos no siempre está justificado. Todo lo anterior no implica, desde luego, que la distinción matriz entre bienes demaniales y patrimoniales haya de arrumbarse por completo: lo impediría, además del aconsejable respeto a la tradicional *summa divisio* entre bienes demaniales y patrimoniales plasmada por el C.c., el tenor literal del art. 132 de la CE, como el propio Tribunal Constitucional ha dicho expresamente (SSTC 58/1982, F.J. 1; 85/1984, F.J. 3, y 166/1998, F.J. 11).

En todo caso, la consecuencia de la progresiva aproximación del régimen jurídico de ambas categorías de bienes públicos es la existencia de un régimen básico de Derecho administrativo que sitúa a los patrimonios públicos, integrados por bienes y derechos de naturaleza patrimonial y demanial, como una masa patrimonial instrumentalizada de alguna manera, sea directa o indirecta, al servicio de

objetivos de interés general. Régimen que resulta aplicable con carácter previo y general y que, por ello, justifica, el predicamento conjunto de las potestades que lo configuran.

La existencia de ese régimen básico y general es algo que se impone desde un punto de vista sistemático al ámbito objetivo de la propia LPAP. En efecto, una de las novedades más destacadas de la Ley ha sido incorporar al concepto de patrimonio de las Administraciones públicas todos sus bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza: forman parte de ese patrimonio global, por tanto, no sólo los bienes de dominio privado o patrimoniales (como ocurría en la anterior Ley del Patrimonio del Estado), sino también los bienes demaniales o de dominio público (arts. 3 y 4 de la LPAP). Esta opción conceptual del legislador estatal no contraría el tenor del art. 132 de la CE que, aun refiriéndose en apartados distintos a los bienes de dominio público y al "Patrimonio del Estado", parece hacerlo únicamente a efectos de diferenciar su régimen jurídico. Así lo confirma tácitamente la propia LPAP, que trata sistemáticamente la disciplina de ambos tipos de bienes de manera unitaria, limitándose a señalar las diferencias de régimen allí donde resulta procedente.

Como resultado de la progresiva expansión del régimen exorbitante sobre todas las propiedades de la Administración, puede reconocerse la existencia de un conjunto de reglas de Derecho administrativo que es aplicable a la generalidad de bienes de las Administraciones públicas a la que antes nos referimos, con independencia de su carácter demanial o patrimonial. Ese conjunto de reglas se refieren fundamentalmente a la regulación de los órganos competentes para la gestión de los bienes y derechos, su identificación y control a través de registros o inventarios, así como ciertos aspectos competenciales y procedimentales relativos a la adquisición, gravamen y transmisión. Junto a ello, dicho régimen comprende las facultades de investigación, deslinde y la recuperación posesoria de oficio. Estas tres facultades, junto al desahucio administrativo son las que reconoce el art. 44.1 de la LPAP.

De este modo, el régimen básico aplicable a los bienes públicos presenta una doble faz: de un lado se compone de limitaciones para la Administración en orden a la adquisición y administración sus bienes y derechos; de otro lado, integra de prerrogativas para la defensa y protección de tales bienes y derechos. Pero lo que interesa destacar es que este régimen básico conforma un núcleo duro de régimen jurídico-administrativo plenamente aplicable a los bienes patrimoniales que, de hecho, explica el sistema de fuentes aplicable a esta clase de bienes públicos que actualmente



recoge el art. 7.3 de la LPAP.

A la vista de ello, es errónea la habitual presentación del estudio de los bienes de la Administración sobre la distinción entre dominio privado y dominio público, porque dicha distinción enmascara que en nuestro Derecho todos los bienes de la Administración están sujetos a un régimen jurídico básico, pleno de exorbitancias y privilegios, derogatorio del régimen de protección civilístico de la posesión y del sistema de acciones civiles. Sobre dicho régimen básico, aplicable por igual a los bienes patrimoniales y a los demaniales, estos últimos cuentan, además, con un plus de exorbitancias en su protección, y asimismo se sujetan a reglas jurídico-administrativas en relación a su utilización, destino y aprovechamiento.

No obstante, debe señalarse que el régimen superprotegido del que se beneficia el dominio público no es en todos los casos el establecido para este tipo de bienes en la LPAP, pues muchos bienes y derechos demaniales gozan de un régimen específico establecido por leyes y disposiciones especiales (aguas, costas, vías pecuarias, etc.) que, como precisa el art. 5.4 de la LPAP es de aplicación preferente a la propia LPAP. Circunstancia que ha de ser tenida especialmente en cuenta en relación a las facultades y prerrogativas para la defensa y protección del dominio público, que en no pocas ocasiones cuentan con disposiciones especiales en la materia.

En todo caso, y en consonancia con lo dicho, debe consignarse el meritorio esfuerzo codificador que la LPAP hace del régimen general patrimonial de las Administraciones públicas, superador de los límites del anterior Texto Articulado de la Ley del Patrimonio del Estado; especialmente destacable por cuanto encierra la pretensión de definir un marco básico que sirve de referencia a las distintas Administraciones públicas y pretende reconducir la anterior fragmentación que aquejaba a la legislación aplicable a los patrimonios públicos. Como consecuencia de esta concepción unitaria, las facultades y prerrogativas para la defensa de los bienes públicos que la LPAP regula en el Capítulo V del Título II se predicán conjuntamente para todos los “patrimonios públicos”, sean demaniales o patrimoniales, con lo que se supera la parcialidad que en este sentido aquejaba a la anterior Ley de Patrimonio del Estado, cuyos arts. 8 a 18 referían el ejercicio de dichas facultades, exclusivamente, a los bienes patrimoniales (salvo la de deslinde, que el art. 17 declaraba aplicable a los demaniales). Como contrapartida, los arts. 41 y 58 de la LPAP contemplan una facultad, la del desahucio administrativo, que sólo es ejercitable en relación a los bienes y derechos que integran el dominio público.

**CAPÍTULO VI. LAS POSIBILIDADES TRADICIONALES  
OTORGADAS POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PARA LA  
VALORIZACIÓN**



## 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El presente capítulo intenta abordar cuáles son las posibilidades y técnicas que otorga la legislación patrimonial del Estado, de las distintas Comunidades Autónomas y de los Entes locales, para rentabilizar el dominio público. Esto es, qué opciones son permitidas por las normas patrimoniales de nuestro ordenamiento jurídico para conseguir una mayor explotación de los bienes demaniales, patrimoniales y patrimoniales afectos<sup>584</sup>, sin perder de vista que las necesidades colectivas cuya satisfacción procuran estos bienes deben quedar siempre lo suficientemente resguardadas.

En efecto, las Administraciones públicas, a fin de responder a sus necesidades en materia de gestión, de construcción, de renovación y de mantenimiento de sus propiedades públicas, han recurrido -y recurren- a distintos tipos de instrumentos jurídicos cuya característica común es potenciar económicamente los bienes, su

---

<sup>584</sup> Ya hemos precisado que verdaderamente, hasta la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 166/1998, de 15 de julio el ordenamiento jurídico atribuía a los bienes públicos sólo dos regímenes jurídicos distintos: a determinados bienes, los de dominio público, les aplicaba un régimen superprotegido, totalmente exorbitante del régimen civilístico y caracterizado por las notas de inembargabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad; mientras que a los bienes patrimoniales les atribuía un régimen jurídico unitario, el propio del Derecho civil, aunque con importantes modulaciones. Ahora, en cambio, cabe distinguir tres regímenes: el propio de los bienes demaniales, el de los bienes patrimoniales afectados a un determinado uso o servicio público y el del resto de los bienes patrimoniales. En este sentido, la citada Sentencia es clara cuando afirma: «*Se ha puesto de relieve, además, que la distinción se relativiza no sólo por la aparición de importantes patrimonios separados del patrimonio del Estado y al servicio de concretos fines, sino también por la flexibilización -en la práctica y pese a las exigencias legales- de la desafectación de un bien demanial de un uso o servicio público, lo que permite a la Administración recuperar su disponibilidad como objeto de tráfico privado. Registrándose también, a la inversa, el fenómeno de la afectación material de bienes de naturaleza patrimonial a finalidades de interés general*». Al respecto, puede afirmarse, como sostiene GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., en su trabajo «Patrimonio y bienes patrimoniales de las Administraciones Públicas», en la obra coordinada por él *Derecho de los bienes públicos...*, op. cit., p. 115, que los bienes patrimoniales afectos son: «*aquel conjunto de bienes separados de los restantes que tiene un ente público con el fin de procurar la satisfacción de una necesidad concreta. El caso que resulta más conocido es, sin duda, el del Patrimonio Municipal del Suelo, destinado a regular el mercado de terrenos, obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa privada y facilitar la ejecución del planeamiento (art. 276 TRLS)*» y que «*ya la propia Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas aborda genéricamente la posibilidad de que existan finalidades de utilidad pública o interés social que se satisfagan a través de la utilización de bienes de naturaleza patrimonial. De entrada, tal como afirma el art. 8.2 “la gestión de los bienes patrimoniales deberá coadyuvar al desarrollo y ejecución de las distintas políticas públicas en vigor”, lo que hace que en aquellos supuestos en los que el dominio público no pueda ser utilizado, lo que será cada día más común teniendo en cuenta las necesidades financieras de los entes públicos, se deba recurrir a los bienes patrimoniales*».

rentabilización. Estos elementos jurídicos utilizados para la valorización del dominio público se multiplican en la actualidad, bajo el efecto de la urgencia por conseguir esta finalidad, junto a los intentos de conciliación entre ellos y la pretensión de proteger la propiedad pública<sup>585</sup>.

El Capítulo sexto se ocupa de uno de los instrumentos tradicionales, el régimen de usos del dominio público.

## **2. RÉGIMEN DE USOS DEL DOMINIO PÚBLICO SINGULARES Y PRIVATIVOS: VALORIZACIÓN PRECARIA**

### **2.1. USOS DEL DOMINIO PÚBLICO ESTATAL**

#### **2.1.1. Usos permitidos por la LPAP**

Las finalidades pretendidas con la valorización afectan a las Administraciones públicas al gestionar sus bienes porque deben tener en cuenta los imperativos derivados de la rentabilidad patrimonial y favorecer el desarrollo armonioso de las inversiones privadas en el marco de una estrategia global de protección del valor de los bienes públicos. De hecho, es perfectamente lícito que las Administraciones se preocupen por los objetivos financieros que pueden conseguir con la explotación de sus bienes, pero sin descuidar en ningún caso la afectación.

En primer lugar, ha de comenzarse el análisis por la LPAP y dentro de las técnicas para valorizar, detener la atención en la utilización de los bienes demaniales que permite esta norma, ya que el régimen jurídico de estos bienes, en buena medida, se centra en el problema de su uso, aprovechamiento o explotación, pudiendo afirmarse que el sentido principal de la regulación de aquellos bienes, es decir, de su régimen jurídico exorbitante, radica en garantizar y ordenar su utilización tanto por los particulares como por los entes públicos<sup>586</sup>.

---

<sup>585</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo I*, Iustel, Madrid, 2006, pp. 1320 y ss., señala: «La cuestión es de extraordinaria importancia teórica y práctica, porque en cuanto empezó a urgir la necesidad de recurrir a los capitales privados para financiar nuevas infraestructuras y equipamientos, los inversores, por una parte, reclamaron garantías suficientes, y, por otra, se postuló la utilización de nuevas fórmulas de contratación que exigían la traslación, al menos temporal, de la titularidad del bien (aunque se mantuviera su afectación y destino) a manos de la empresa privada financiadora».

<sup>586</sup> FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., «Utilización de los bienes y derechos públicos: un estudio de su régimen jurídico», MESTRE DELGADO, J.F. (coord.), *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre...*, op. cit., p. 831.

Quiere decirse que una de las manifestaciones de la valorización tiene lugar a través de las ocupaciones del dominio público ya que los usos que se lleven a cabo permiten obtener una ganancia y disfrutar de las mejoras realizadas por los ocupantes<sup>587</sup>. Los operadores privados proporcionan un desarrollo financiero de los bienes públicos gracias a la ocupación y a la productividad aportada.

El Capítulo I del Título IV de la LPAP relativo a la utilización de los bienes y derechos de dominio público regula, en sus secciones segunda y tercera, los usos de los bienes por parte de los particulares en función de su destino, esto es, diferencia entre los bienes destinados al uso general y los destinados a la prestación de un servicio público<sup>588</sup>. La utilidad pública a la que están dedicados los bienes integrantes del dominio público puede resultar de una afectación al uso directo del público o a un servicio público.

Dentro del primer grupo, nuestro Derecho permite tres tipos diferentes de utilización de este dominio público<sup>589</sup>: uso común, uso especial y uso privativo, pero son los dos últimos los que permiten efectuar una valorización o rentabilización de los bienes, al poder conllevar sus títulos habilitantes la exigencia de una contraprestación o el pago de una tasa. El carácter económico de la tasa por ocupación del dominio público confirma la valorización perseguida.

Ciertamente, las autorizaciones y las concesiones pueden ser otorgadas a título gratuito, con el requisito de pago de una contraprestación o de condiciones, o estar sujetas al pago de una tasa, canon o impuesto por la utilización privativa o el aprovechamiento especial de unos bienes demaniales determinados, que generan, de

---

<sup>587</sup> GONZÁLEZ RÍOS, I., *El dominio público municipal: régimen de utilización por los particulares y compañías prestadoras de servicios*, Comares, Granada, 2001, subraya en la presentación de su obra, referido al ámbito local, que el hecho de analizar el régimen de utilización de los bienes de uso público, tiene su fundamento en reivindicar la correcta explotación económica de este tipo de bienes, que puede suponer una importante fuente de ingresos.

<sup>588</sup> DE FUENTES BARDAJÍ, J. (dir.) y GAYARRE CONDE, I. (coord.), *Comentarios a la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, p. 706.

<sup>589</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., «Notas sobre el régimen general del dominio público», en *Derecho de los bienes...*, op. cit., p. 99, precisa al respecto: «El régimen general de utilización de los bienes (...) obliga a realizar dos tipos de diferenciaciones: la utilización que realice la Administración, que, en principio, requerirá como título habilitante la reserva dominial y las utilizaciones que realicen los particulares, en cuyo caso nos encontraremos tres tipos de usos que recoge el art. 85 LPAP: uso común, que es el que se realiza de forma indistinta por parte de los ciudadanos, uso común especial; para aquellos casos en los que concurren circunstancias de especial intensidad o peligrosidad o circunstancias de otro tipo y, por el último el uso privativo».

esta manera, la obtención de ingresos. La concepción según la cual el dominio público constituye una riqueza económica que las Administraciones deben explotar se manifiesta no sólo en la regulación establecida para el uso de este dominio, teniendo en cuenta motivaciones diversas, sino también en los ingresos percibidos por el uso llevado a cabo por los particulares. No obstante, debe tenerse en cuenta que en estos supuestos no es el criterio económico y de rentabilidad derivado de la consecución de ingresos fiscales el que guía esta exigencia, sino que existen también criterios de interés general que pueden imponer una reducción de las tasas e incluso su supresión<sup>590</sup>. Sin embargo, aunque no puede desconocerse esta circunstancia, sí es cierto que el producto obtenido de las mismas se destina a la financiación de los gastos públicos y constituye así una técnica para lograr recabar beneficios de los bienes.

Otra clasificación que la LPAP no acoge formalmente, pero que sí lo hace en el ámbito local el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL), diferencia entre uso normal y anormal: el uso normal es el que responde a la naturaleza de un bien, de acuerdo a su finalidad habitual; mientras que el anormal es aquél contrario a su destino o afectación<sup>591</sup>. Pues bien, este último que puede admitirse siempre que no produzca una degradación del dominio público permite más valorización que el normal<sup>592</sup>. Así, por ejemplo puede observarse que pasear por la calle (uso normal) no posibilita la misma rentabilización que la instalación de terrazas, postes, casetas, etc. en la vía pública (uso anormal).

---

<sup>590</sup> FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., «Utilización de los bienes y derechos públicos...», *op. cit.*, p. 941, defiende que «Razones de interés público, en efecto, pueden aconsejar a la Administración el otorgamiento de una concesión de dominio con baja tasa o sin ella, por lo que cabe concluir que la tasa no es un elemento esencial de la concesión. En definitiva, el rendimiento económico-financiero derivado de la obtención de tasas o cánones no puede ser para la Administración el criterio a tener en cuenta para su exigencia y cuantificación, si no se quieren permitir un usos que pueden resultar socialmente inconvenientes». También en este sentido MERINO JARA, I., «Principios rectores de las tasas», CHICO DE LA CÁMARA, P. y GALÁN RUIZ, J. (coords.), *Las tasas locales*, Thomson-Civitas, Navarra, 2011, p. 143, afirma: «Sin embargo, el concepto de tasa ha ido tradicionalmente ligado a la idea de contraprestación por la utilización o aprovechamiento del dominio público, por la prestación de un servicio público o por la realización de una actividad administrativa que se refiera, afecte o beneficie de modo particular a quien la provoca, es decir, al sujeto pasivo. (...) Es esta necesaria existencia de una actividad económica en el presupuesto de hecho de la tasa la que coloca en ella, en una posición claramente secundaria, el principio de capacidad económica...».

<sup>591</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General*, Iustel, Madrid, 2005, p. 567.

<sup>592</sup> Sostiene GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo, vol. II*, Marcial Pons, Madrid, 1989, p. 435, que el uso anormal, a pesar de la equivocidad de esta expresión, no debe confundirse con el uso abusivo o ilícito, ya que con esta expresión se alude a los supuestos de utilización del dominio para fines distintos, pero compatibles con el destino principal.

Por ello, siempre que las utilizaciones que efectúan los particulares sobre el dominio público no obstaculicen ni entorpezcan la finalidad principal del mismo (en ese caso deben ser calificadas como anormales y, consecuentemente, prohibirse), éstas pueden concurrir y colaborar en la valorización; a pesar de lo cual, no puede olvidarse que el dominio público es siempre y por definición de titularidad pública y que, de conformidad con el acto de afectación, ha de cumplir unas funciones determinadas que no deben verse menoscabadas.

#### **A) *Uso común: ausencia de valorización***

El uso común se ha considerado tradicionalmente como la nota que define a todos los bienes que conforman el dominio público. Sin embargo, no cabe seguir atribuyéndole este carácter al haberse incorporado a este concepto los bienes destinados a un servicio público<sup>593</sup>. Esta clase de uso se caracteriza por corresponder por igual a todos los ciudadanos (la afectación del bien lo es al uso general y el mismo se verifica indiscriminadamente de forma anónima), de modo que el uso por unos no impide el de los demás interesados. Por tanto, su presupuesto objetivo lo constituyen todos los bienes aptos para ser utilizados por la sociedad en su conjunto, mediante el aprovechamiento indistinto de sus miembros en función de sus propias necesidades. El bien atiende a una necesidad común, sentida por la generalidad, aunque no se dé un uso real, efectivo y actual por todos al mismo tiempo<sup>594</sup>. Este uso público puede ser consecuencia de la naturaleza del propio bien o producto de las necesarias obras de transformación de la realidad física como ocurre en el caso de las carreteras o vías urbanas<sup>595</sup>. Dicha naturaleza es la que nos lleva a citar la controvertida existencia de un grupo de bienes especiales dentro del dominio público que configura el dominio público natural o por naturaleza<sup>596</sup>, contrapuesto al artificial, de características físicas antagónicas. La

---

<sup>593</sup> ARRAZOLA GARCÍA, L., Voz «Bienes», *Enciclopedia Española de Derecho y Administración o Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España e Indias*, Tomo VI, Imprenta de Díaz y Compañía, Madrid, 1853, p. 524.

<sup>594</sup> ESCRIBANO COLLADO, P., *Las vías urbanas: concepto y régimen de uso*, Montecorvo, Madrid, 1973, p. 344.

<sup>595</sup> CANCIO FERNÁNDEZ, R.C., «El desarrollo tecnológico como configurador de nuevos tipos de aprovechamientos especiales del dominio público», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2010, pp. 43 y ss.

<sup>596</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *La titularidad de los bienes del dominio público*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 190-191, argumenta que es probable que dichas dudas sean la consecuencia de que a los bienes que se encuadrarían en ella se les denomina mediante dos expresiones parecidas en absoluto intercambiables. «*Demanio natural, donde estarían géneros naturales de bienes o tipos o categorías*



especialidad del demanio natural procede precisamente de la existencia de bienes cuya naturaleza o condición física demanda o reclama la demanialidad<sup>597</sup> y, en definitiva, un régimen especial de protección más intensa dentro de los bienes demaniales<sup>598</sup>. En otras palabras, la afectación y la condición física del bien aparecen íntimamente unidas, de modo que, mientras existan dichas características naturales en el bien, la afectación permanece y, consecuentemente, la condición demanial<sup>599</sup>.

Son precisamente las características y los fines que cumplen los bienes que integran este dominio público natural los que ocasionan que si los mismos desaparecen o se destruyen, puedan ponerse en peligro necesidades primarias o incluso vitales<sup>600</sup>. Por ello, la protección de estos recursos es imprescindible para el mantenimiento de las condiciones de vida o necesidades básicas de la sociedad<sup>601</sup>. Así, los bienes están rigurosamente protegidos cumpliendo el mandato expreso de la propia CE, que establece en el art. 45.2: «*Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva*». Y causando, con ello, menos posibilidades de rentabilización que las ofrecidas por el dominio público artificial. No quiere decirse que se impida la

---

*genéricas de bienes definidos según sus características naturales homogéneas (...) y dominio público por naturaleza que hace referencia a aquellos bienes caracterizados todos sólo por la nota común de su destino al uso público, lo que les haría coincidir con las cosas encuadradas en el art. 339.1 C.c.».*

<sup>597</sup> MEILÁN GIL, J.L., «Dominio público y protección del litoral. Relectura de la Ley de Costas», SÁNCHEZ GOYANES, E. (dir.), *El Derecho de costas en España*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 62-63, advierte que, sin embargo, algunas veces la naturaleza de las cosas puede servir para justificar el régimen jurídico que se aplica a determinados bienes, pero ser finalmente una determinación del legislador, constitucional y ordinario.

<sup>598</sup> ORTIZ DE TENA, M.C., *Planificación hidrológica*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 142.

<sup>599</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Sobre la imprescriptibilidad del dominio público», *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo...*, p. 122, «*La consecuencia indeclinable es que la afectación está presente en cuanto sea posible predicar de una cosa las determinaciones físicas que la Ley ha considerado*».

<sup>600</sup> ORTIZ DE TENA, M.C., *Planificación hidrológica...*, *op. cit.*, p. 145.

<sup>601</sup> ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 493 y 495-496, explica que el dominio público natural se ha visto revalorizado por las funciones muy relevantes que cumplen, que son fundamentalmente dos: 1. Función ecológica al tratarse de genuinos recursos naturales. 2. Función socio-ambiental, ya que muchos de estos bienes están abiertos a un uso público, accesible a cualquier persona para el contacto con la naturaleza y su disfrute también como medio de esparcimiento.

utilización<sup>602</sup>, pero sí que el régimen de uso, protector de los bienes y de su naturaleza, permite un juego más limitado a la valorización.

El art. 6 d) de la LPAP establece el principio tendencial<sup>603</sup>, en virtud del cual una de las notas características a las que deben ajustar su gestión y administración los bienes

---

<sup>602</sup> Así, por ejemplo, el art. 84.1 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, afirma, en su art. 84.1, que «Toda ocupación o aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre en virtud de una autorización o concesión, cualquiera que fuere la Administración otorgante, devengará el correspondiente canon a favor de la Administración del Estado, sin perjuicio de los que sean exigibles por aquélla». Precisa COLOM PIAZUELO, E., «La configuración jurídica del dominio público en la jurisprudencia constitucional: el dominio público como una propiedad pública fuera del comercio destinado a fines públicos», GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. y ALONSO GARCÍA, R. (coords.), *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial, liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Thomson-Civitas, Navarra, 2012, p. 119, que al Estado, en cuanto titular del demanio natural, le corresponde fijar los cánones por la ocupación del demanio público natural, tal y como se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio y en un sentido similar la Sentencia 40/1998, de 19 de febrero.

<sup>603</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1987, -RJ 1987/6870- argumenta que «uso común propiamente dicho o uso común sin más es sólo aquél en que no concurre ninguna circunstancia singular y se ejerce con arreglo al destino primario y normal de esos bienes (...)». Sin embargo, no siempre es posible llevar a cabo la utilización de acuerdo a ese destino primario; razón por la cual se habla de principio tendencial que no en todos los casos se cumple, tal y como sucede en el caso del espectro radioeléctrico. Como explica HORGUÉ BAENA, C., «El espectro radioeléctrico. Delimitación conceptual y calificación jurídica en el Derecho español», *Justicia administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, núm. Extra 1, 2006, pp. 232 y ss., el art. 43 de la Ley General de Telecomunicaciones dispone que «El espacio radioeléctrico es un bien de dominio público, cuya titularidad, gestión, planificación, administración y control corresponden al Estado». «La sustantividad del recurso constituido por el espacio radioeléctrico y su calificación jurídica como integrante del dominio público, es en el estado actual de nuestro Derecho una realidad jurídica indiscutible. Al margen de la calificación jurídica que se otorgue al espectro radioeléctrico se aprecia un sustrato común: se trata de articular el poder de regular y, muy especialmente, de gestionar la utilización de las ondas de radio para las comunicaciones. Es fácil advertir que, en nuestro caso, lo que subyace en la demanialidad radioeléctrica es sustentar un conjunto de potestades públicas dirigidas a garantizar la gestión de las frecuencias, su distribución entre los servicios de radiocomunicación y, particularmente, excluir el uso a estos fines de la radioelectricidad por los particulares que no se avengan a la previa ordenación dispuesta por la Administración. Porque lo que evidencian las normas jurídicas es que el fin perseguido, el interés implicado, no es tanto asegurar la titularidad de unos bienes o más propiamente de un recurso como arbitrar su gestión racional, el uso ordenado de un recurso limitado, desde el momento en que se constata que para que la emisión sea útil se precisa en la mayoría de los casos exclusividad en la emisión, que sólo un sujeto pueda utilizar el recurso al mismo tiempo y del mismo modo. Sin esa previa ordenación y racionalización del espectro de frecuencias no podría conseguirse la utilidad que éste, como infraestructura inalámbrica, proporciona a los fines de la radiocomunicación». Sin embargo, señala FERNANDO PABLO, M.M., «Sobre el dominio público radioeléctrico: espejismo y realidad», *Revista de Administración Pública*, núm. 143, 1997, pp. 127 y ss., que «No obstante, parece posible explicar lo que parte de la doctrina trata de explicar con base en la demanialidad del bien (la ausencia de un derecho perfecto a emitir, a usar la radioelectricidad como medio de difusión, al amparo del art. 20 CE), y el papel funcionalmente concesorio del acto e otorgamiento de una frecuencia (...) sin acudir a tal noción de demanial, de la que resultan problemas fundamentales que apuntan a una conclusión alternativa: bien el concepto tradicional de dominio público está comenzando una fase de desmaterialización, similar a la seguida por la propiedad, a fin de servir de matriz institucional para la gestión no ya de bienes, sino de derechos de uso de recursos, es decir, de mecanismo jurídico para la

y derechos demaniales es la dedicación preferente al uso común frente al uso privativo. Cuando no exista ninguna razón para privar a la colectividad del disfrute de una parte del dominio público ni de beneficiar a un particular de tal ventaja sin recibir ninguna contraprestación, la Administración no debe optar por los usos especiales ni privativos, sino mantener el destino común de dichas dependencias.

En este tipo de utilización no concurren circunstancias que lo singularizan. Los principios que deben respetar los actos administrativos o disposiciones que se dicten sobre la utilización de estos bienes son la libertad, gratuidad, igualdad, generalidad y la libre concurrencia.

La libertad de acceso es uno de los pilares fundamentales de este uso común y supone que no se precisa una autorización ni ningún otro acto administrativo de aplicación que legitime cada vez la operación. Sin embargo, esta innecesaridad de título habilitante no quiere decir que no existan límites fijados por su naturaleza, el bloque integrado por la normativa demanial pertinente y los actos de afectación o adscripción producidos al amparo de la misma<sup>604</sup>.

Su contenido responde al concepto dogmático establecido: por definición comprende toda utilización, pero al mismo tiempo únicamente aquélla compatible con la de los demás y con la naturaleza y características del bien demanial, lo que implica decir con su afectación y el régimen protector establecido para la misma.

Aunque la gratuidad no se consagra de forma explícita en la LPAP, se deduce de lo establecido por los arts. 86 y 92 sobre el régimen de las autorizaciones y de las concesiones. Además, como afirma el art. 8 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante LGT) no cabe exigir tasa o canon alguno por el uso común mientras se carezca de previsión legal expresa que lo permita. Esa gratuidad del uso se basa en que el uso común general, como hemos señalado, al ser un uso en el que no concurre «ninguna circunstancia singular», es conforme con el destino primario del

---

*extracción de utilidades económicas de aspectos de cualquier realidad, física o puramente intelectual, o bien, como nos inclinamos a pensar, pese a ser una categoría asentada en nuestro Derecho, el dominio público radioeléctrico no tiene por objeto el que literalmente le asigna la Ley, sino que responde a la reserva ex artículo 128 CE, de un recurso, sin que ello comporte la demanialización de ningún bien, que sigue existiendo sin titularidad perfecta, como res communis ómnium. Bajo la expresión de dominio público radioeléctrico se regulan sólo los derechos de uso de una res communis ómnium cuya apropiación a título exclusivamente privado impide la reserva».*

<sup>604</sup> PAREJO ALFONSO, L., «El régimen de utilización de los bienes y derechos de dominio público», en CHINCHILLA MARÍN, C. (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio...*, op. cit., pp. 457 y ss.

bien, es decir, es siempre un uso normal de bien demanial<sup>605</sup>. Por este motivo, no puede producirse aquí ninguna clase de valorización.

La nota de la igualdad, como principio general del Derecho, debe ser respetada por la Administración, a la que le está prohibido efectuar discriminaciones de tipo personal y, por los particulares, que no pueden limitar o excluir el uso a los demás interesados.

Por su parte, la característica de la generalidad supone que el uso corresponde indistintamente a cualquier persona de forma anónima, es decir, a la sociedad en su conjunto.

En último lugar, el principio de concurrencia exige que la utilización de cada individuo sea compatible con la de los demás, esto es, que el uso de unos no impida o perturbe el uso que puedan realizar los otros.

### ***B) Uso especial: valorización de mínimo nivel***

El uso especial es, como define el art. 85.2 de la LPAP, el que sin impedir el uso común o general del dominio público por cualquier individuo, se caracteriza por la concurrencia de ciertas circunstancias especiales que determinan un exceso de utilización sobre la que corresponde a todos o un menoscabo de ésta. Un interesado utiliza o aprovecha más que otros determinados bienes como consecuencia de su especial relación o localización respecto del mismo. Así, las características que lo identifican son el hecho de no suponer el desplazamiento del uso común del correspondiente bien demanial, que continúa manteniéndose para todos los ciudadanos, junto con la existencia de alguna de las circunstancias específicas contenidas en la LPAP<sup>606</sup>. Consecuentemente, sigue siendo un uso común o normal del bien, pero singularizado por alguna característica relevante como para producir un menoscabo: peligrosidad, intensidad, escasez, y generación de una rentabilidad singular por el

---

<sup>605</sup> GONZÁLEZ RÍOS, I., *El dominio público municipal...*, op. cit., p. 12.

<sup>606</sup> CANCIO FERNÁNDEZ, R. C., «El desarrollo tecnológico...», op. cit., p. 43, cita como ejemplos característicos de este tipo de uso “*ciertos usos o actividades comerciales que se realizan sobre la vía pública como la venta ambulante o la colocación de sillas y tribunas con ocasión de fiestas, desfiles o eventos similares; supuestos de uso especial derivados de la situación de colindancia o contigüidad con la vía pública como el cruce de aceras por los vehículos a fin de acceder a inmuebles próximos y en general en todo lo relativo a la circulación del automóvil, en donde el concepto de peligrosidad ha justificado la exigencia de una licencia o autorización especial de aptitud del propio sujeto del derecho (permiso de conducir) y otra de ausencia de defectos en los vehículos (permisos de circulación)*».

aprovechamiento, que no deben alcanzar tal nivel que impida el uso por parte de los demás<sup>607</sup>.

La principal consecuencia de la diferenciación del uso especial respecto del uso común es que a aquél se suele anudar bien la mera exigencia de una tasa o canon bien la carga de obtener previamente un título administrativo o ambas<sup>608</sup>. En cuanto a la primera condición, es el art. 92.5 de la LPAP el que autoriza el devengo de un tributo, en concreto de una tasa, cuando el aprovechamiento especial conlleve una utilidad económica, al igual que lo hace la legislación tributaria, en el art. 2.2 de la LGT y en el art. 6 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, y la legislación sectorial del dominio público, en el art. 20 del Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales (LRHL). Dicha tasa puede unirse al requisito de una autorización o de una concesión previa o exigirse autónomamente. El fundamento de esta exigencia suele situarse en el abono de los daños hipotéticos que pueda ocasionar la peligrosidad o intensidad del uso o en afirmar que se trata del mecanismo a través del cual la sociedad participa en el aumento de beneficios que el uso proporciona a quien lo ejerce en relación con el resto de ciudadanos que sólo disfrutaban de un uso común<sup>609</sup>. En lo que respecta a la carga de obtener previamente una autorización o una concesión, es el art. 86.2 de la LPAP el que prevé este requisito que acostumbra implicar la imposición de la mencionada tasa, también denominada canon<sup>610</sup>.

---

<sup>607</sup> Como señala PAREJO ALFONSO, L., «El régimen de utilización de los bienes y derechos de dominio público», en *Comentarios a la Ley 33/2003...*, op. cit., p. 460, «Cualquier característica que produzca objetivamente la apuntada singularización justifica la discriminación del uso respecto del común y su calificación como de aprovechamiento especial. Se trata de un concepto indeterminado que, aun no confiriendo una potestad discrecional de calificación, sí otorga un cierto margen de apreciación a tal efecto por más que el legislador pretenda acotar un preciso supuesto real».

<sup>608</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Derecho Administrativo Patrimonial: comentario a la Ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Tomo I..., op. cit., p. 714.

<sup>609</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Derecho Administrativo Patrimonial: comentario a la Ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Tomo I..., op. cit., p. 714, indica: «No obstante, la enorme profusión con que se exige sugiere motivaciones de otra índole, las de carácter fiscal con el objeto de obtener mayores recursos económicos, sobre todo por las Administraciones locales que secularmente han padecido su falta».

<sup>610</sup> MARTÍNEZ LAFUENTE, A., *La tasa por utilización o aprovechamiento especial del dominio público en la doctrina de los Tribunales de Justicia*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2011, p. 23, menciona el carácter indistinto con el que se contempla la figura en el ordenamiento jurídico ya que en ocasiones se utiliza la expresión canon para referirla al tributo que se percibe por la utilización de dominio público, reservando el de tasa para el que aparece relacionado con la prestación de servicios públicos, sin que lo expuesto en primer lugar sea exclusivo de la denominación. Aunque en ocasiones con la denominación de canon se haga referencia a figuras impositivas normalmente afectas a una finalidad medioambiental, el hecho de denominar canon a la tasa por ocupación del dominio público hace irrelevante el *nomen iuris*.

Como efecto de todo lo anterior, el uso especial no goza de las características de libertad y de gratuidad propias del uso común, pero sí se rige por el principio de igualdad.

Para delimitar esta clase de uso frente al uso privativo, los arts. 85.2 y 3 de la LPAP señalan que la distinción se encuentra únicamente en la limitación o exclusión del uso por otros interesados, que no es un rasgo del primer tipo, pero sí del segundo.

### ***C) Uso privativo: valorización más intensa***

Por último, el uso privativo comprende aquellas utilizaciones efectuadas por personas privadas individualmente determinadas en virtud de un título conferido por la Administración pública, que les concede el derecho a ocupar de manera exclusiva y excluyente una porción del dominio público. Como prevé el art. 85.3 de la LPAP, este uso tiene lugar mediante la ocupación o el aprovechamiento por un sujeto de una dependencia del dominio público, de manera que queda excluida la utilización por el resto de los interesados, lo que implica una excepción al principio de igualdad. En definitiva, el criterio relevante de singularización es que la ocupación es excluyente, por lo que no concurren las notas de libertad, gratuidad, concurrencia ni igualdad.

De esta manera, esta clase de uso excede del contenido del aprovechamiento especial y se opone al común, al suponer la limitación o, incluso, la eliminación de uno y otro, sin perjuicio de que permanezca la afectación al uso general<sup>611</sup>. La limitación del uso es la que constituye un uso privativo impropio sin desplazamiento completo de los otros usos porque no exista transformación del bien demanial o su duración sea breve. En cambio, la eliminación origina un uso privativo propio al transformar el bien o tener una duración mayor.

Las notas que lo caracterizan son la ocupación del dominio público como soporte de la actividad desarrollada (con o sin transformación de dicha porción) y la exclusión de cualesquiera otras utilizaciones por cualesquiera otros interesados. El art. 86.2 de la LPAP admite la existencia de usos privativos en los que la ocupación, igual que en el aprovechamiento especial, se efectúa con instalaciones desmontables o bienes muebles ya que la diferencia descansa sólo en la limitación o exclusión de uso por otros interesados, que es lo que caracteriza a este último (arts. 85.2 y 3 de la LPAP).

---

<sup>611</sup> PAREJO ALFONSO, L., «El régimen de utilización de los bienes y derechos de dominio público», en *Comentarios a la Ley 33/2003...*, op. cit., p. 460.

La situación del particular es valorada individualmente y no como parte de la sociedad. Por este motivo, es necesario para su cumplimiento o satisfacción un acto que valore la compatibilidad del propósito del particular con el interés general. Es cierto que el individuo con el desarrollo de su actividad sobre el dominio público genera un beneficio para la sociedad, aunque no sea el objetivo primario, pero es tarea de la Administración asegurar la mejor explotación de los bienes públicos en interés de la colectividad. Por ello, la Administración debe valorar en cada caso la mayor o menor compatibilidad entre esta clase de uso y el destino principal de los bienes. Quiere decirse que la explotación individual debe permitirse sólo en la medida en que sea compatible con el destino primario de la dependencia y satisfaga además un interés público. Así, el uso privativo es admitido, bien porque la satisfacción del interés general queda garantizada con los restantes ámbitos o porciones del mismo, o bien porque el uso privativo pueda favorecer el interés general<sup>612</sup>.

En definitiva, la utilización privativa es siempre de carácter excepcional o extraordinario, debido a que determina la sustracción de su destino principal de la parcela a que dicha utilización se refiere, esto es, la producción de utilidades directas para la sociedad, al ser aplicada al provecho inmediato de una persona concreta.

Además, el hecho de que las utilizaciones privativas puedan poner en peligro la afectación justifica que éstas estén sometidas a un título administrativo habilitante cuya necesidad el art. 86 de la LPAP reitera en dos ocasiones. Por un lado, apunta que *«cuando la ocupación se efectúe únicamente con instalaciones desmontables o bienes muebles, estarán sujetos a autorización o, si la duración del aprovechamiento o uso excede de cuatro años a concesión»* y, por otro, que *«el uso privativo de los bienes de dominio público que determine su ocupación con obras o instalaciones fijas deberá estar amparado por la correspondiente concesión administrativa»*. Dicho título habilitante requerido en estos casos puede ser una autorización o una concesión, si bien hoy las diferencias entre ellas, como se ha señalado, son meramente formales<sup>613</sup>. La

---

<sup>612</sup> La STS de 29 de mayo de 2007, -RJ 1997/4450-, subraya que no cabe ninguna duda de que se trata de *«una materia encuadrada en el ámbito discrecional donde la Administración goza de amplias facultades para resolver esta clase de peticiones de los particulares, facultades que no son absolutas en cuanto están integradas dentro de la discrecionalidad técnica sometida a las exigencias de los principios generales del Derecho (...) de forma que tal resolución final no suponga arbitrariedad o desviación de poder»*.

<sup>613</sup> Como sostiene FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., en su obra *Las concesiones administrativas de dominio público*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007, pp. 129 y ss., *«También en el ámbito demanial las diferencias entre las concesiones y las autorizaciones son muy poco nítidas. Por de pronto, se trata de vocablos utilizados frecuentemente con poca o ninguna exactitud, tanto por la legislación, como por la*

concepción clásica de los títulos habilitantes para el uso del dominio público ha sido sometida a una profunda revisión en las últimas décadas del siglo XX. La autorización ha dejado de ser un instrumento al servicio de la policía administrativa, extendiéndose y diversificándose su función de control de la actividad autorizada mediante la introducción de elementos modales y condiciones en su otorgamiento. La visión clásica de la autorización se sustituye por una técnica autorizatoria que no se limita al simple control negativo del ejercicio de derechos, sino que se extiende a la regulación misma de la actividad, con el objetivo de encauzarla y orientarla.

A pesar de la relativa distinción, existen algunas especialidades que singularizan cada una de estas figuras.

La autorización se otorga de forma directa por la Administración a los peticionarios que reúnan los requisitos que recoja la normativa, salvo que no haya número suficiente, en cuyo caso se hará a través de un mecanismo concurrencial y si no fuera conveniente valorar los méritos de los solicitantes, se hará por sorteo. Las autorizaciones demaniales cuyo otorgamiento haya dependido de las circunstancias personales del autorizado o cuyo número se encuentre limitado serán intransmisibles. No obstante, se permite una excepción en aquellos casos en los que las condiciones por las que se rijan admitan su transmisión.

---

*jurisprudencia y aun por la doctrina. Es conocido que la legislación del XIX y buena parte de la del XX, utiliza los vocablos concesión y autorización casi indistintamente (...). Ha de ponerse de relieve que las diferencias entre autorización y concesión en el ámbito del dominio público tampoco son de naturaleza jurídica (ambas son actos administrativos unilaterales necesitados de la colaboración del particular), ni de régimen jurídico básico, pues poseen en buena medida el mismo (...). Así las cosas, se hace preciso acudir a criterios diversos, quizá más endebles, menos claros. El criterio general para distinguir ambos títulos debe partir de la mayor intensidad del uso que habilitan. Mayor intensidad que se manifiesta en el orden sustancial y en el temporal. En el sustancial, el criterio es el de la realización de obras de transformación del suelo demanial o la necesidad de llevar a cabo obras o instalaciones fijas no desmontables, en definitiva, el de la superior importancia de la inversión a realizar. En estos casos el título requerido ha de ser la concesión, pues se trata de una figura que otorga mayor seguridad jurídica al particular. Mientras que la autorización habilita para realizar un uso especial, esto es, común por no excluir el uso de los demás, pero singularizado por concurrir circunstancias especiales o un uso privativo poco intenso». En resumen, concluye el autor que las fronteras entre la autorización y la concesión demaniales son poco nítidas toda vez que cuentan con numerosos puntos en común: coinciden en el carácter constitutivo, en su naturaleza de acto unilateral, en la discrecionalidad de la Administración a la hora de su otorgamiento o en el carácter limitativo del uso que habilitan. En cualquier caso, el error en la calificación del acto como autorización o concesión carece de consecuencias invalidantes como ha subrayado la jurisprudencia: «No pueden tener carácter invalidante otra serie de circunstancias de menor importancia como son el hecho de que en el anuncio publicado en un diario regional constase, bajo la rúbrica de “concesiones”, la solicitud de “autorización” para instalar la terminal, pues la lectura del anuncio claramente pone en evidencia cómo se sometía a información pública la instalación con ocupación del dominio público portuario, de los terrenos para aquella nueva terminal, fuese cual fuese la expresión o expresiones nominalmente utilizadas».*



La concesión demanial se configura para posibilitar la explotación de los bienes demaniales por parte de los particulares, dentro de un régimen de vigilancia administrativa, que garantice el cumplimiento de la utilidad pública. La misma puede definirse<sup>614</sup> como una figura jurídica de Derecho administrativo<sup>615</sup> que permite la explotación por particulares determinados (concesionarios) de bienes de dominio público (por estar afectos al servicio público)<sup>616</sup>, en la que la actividad del concesionario se desarrolla, bajo la tutela administrativa de la Administración titular de los bienes afectos, con la finalidad de garantizar la protección del uso de aquellos bienes, que deberá realizarse de acuerdo con el pliego de cláusulas administrativas generales y particulares que regulen la concesión<sup>617</sup>. En definitiva, esta figura jurídica consiste en la posibilidad existente para que la Administración pública habilite la utilización parcial y temporal del dominio público, con carácter exclusivo y a cambio de un canon que debe satisfacer el concesionario. Entre la Administración concedente y el concesionario surge la relación concesional, regulada en el título por el que se otorga el derecho. Como consecuencia de esta situación concesional, el concesionario queda facultado para el aprovechamiento de los bienes demaniales, en las condiciones que establezca el título en cuestión. Las principales características de su régimen jurídico son su otorgamiento en régimen de concurrencia y su adjudicación que debe formalizarse en documento administrativo (art. 93.1 de la LPAP); su duración máxima que no puede exceder de setenta y cinco años (art. 93.3 de la LPAP); el canon que debe abonar el concesionario por la ocupación del dominio público (art. 93.4 de la LPAP); su transmisibilidad (art. 98 de la LPAP) y la demolición de las obras, construcciones e instalaciones fijas existentes sobre el bien demanial, que debe llevarse a cabo cuando se extinga la concesión demanial (art. 101 de la LPAP) y constitución de un derecho real sobre las otras.

---

<sup>614</sup> LAFUENTE BENACHES, M., explica en su trabajo *La concesión de dominio público (Estudio especial de la declaración de caducidad)*, Montecorvo, Madrid, 1988, p. 29, que en el Derecho español, la doctrina configura la concesión demanial como un «título jurídico mediante el que la Administración otorga a un particular un derecho real, consistente en usar y aprovechar, de forma excluyente, bienes de dominio público en beneficio de la actividad del particular y de la colectividad».

<sup>615</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J.V., *Los derechos reales administrativos*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1989. VILLAR PALASÍ, J.L., «Voz: concesiones administrativas», *Enciclopedia Jurídica Seix*, Tomo IV, Barcelona, 1958, pp. 684 y ss.

<sup>616</sup> FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., «Alcance y delimitación del contrato de concesión de obra pública: connotaciones y características en la realización de las infraestructuras del transporte», I Congreso Internacional de Transporte: los retos del transporte en el siglo XXI, Castellón de la Plana, 4-6 mayo 2004 (coordinado por MARTÍNEZ SÁNZ, F. y PETIT-LAVALL, M.V.).

<sup>617</sup> GIRONÉS CEBRIÁN, M.E., *Los aparcamientos municipales. Nuevo régimen jurídico*, Bayer Hnos. S.A., Barcelona, 2004, pp. 319-320.

Finalmente, en esta modalidad de utilización también cabe, al igual que en el supuesto anterior, la exigencia de un tributo (tasa o canon) por implicar el mismo un exceso en el uso común que implica una utilidad económica especial para los beneficiarios.

### **2.1.2. Títulos habilitantes: licencias y concesiones demaniales**

Como se ha indicado, el art. 84 de la LPAP establece que las modalidades de utilización del dominio público que sobrepasan los límites del “uso común general” requieren una autorización o concesión demanial. Quiere decirse que para que el individuo pueda utilizar los bienes de forma especial o privativa es necesario que se le conceda de manera expresa un título habilitante por disposición de la Ley o mediante un acto de la Administración, autorización o concesión. Como puede observarse, tanto la utilización privativa como el aprovechamiento especial del dominio público son modalidades de ocupación que vienen caracterizadas por una relación de estabilidad y permanencia, de mayor o menor duración, que conducen a la técnica jurídica de la concesión o autorización respectivamente.

En efecto, los títulos tradicionalmente configurados por el legislador para tal fin son la concesión y la autorización demanial; figuras jurídicas cuyos perfiles distintivos no están claramente delimitados por la legislación patrimonial básica<sup>618</sup>. La distinción objetiva que establecía que la autorización era el título clásico para el uso especial y la concesión, para el privativo ha desaparecido en la LPAP, que ha determinado fronteras poco nítidas, dando entrada a la autorización para legitimar ciertos usos privativos. Esta existencia de usos privativos sometidos a autorización ha provocado la aplicación a este

---

<sup>618</sup> Indica PAREJO GAMIR, R., en su trabajo «Transmisión y gravamen de concesiones administrativas», *Revista de Administración Pública*, núm. 107, 1985, pp. 19-20, que para superar la dificultad de distinción, doctrina y jurisprudencia han sugerido diversos criterios diferenciales. «Así, la muy importante resolución de la DGRN, de 18 de abril de 1969 acude a tres elementos diferenciadores. El primero es la creación a favor del particular de un verdadero derecho real, lo que sucede en la concesión y no en la autorización. El segundo, el dato del plazo: la concesión, a diferencia de la autorización, vincula a la Administración por un plazo fijo. Y, por último, se acude a la famosa cláusula de precario: la autorización es precarial, es decir, libremente revocable por la Administración en cualquier tiempo, lo que es impensable en tema de concesiones». Sin embargo, ninguno de estos criterios, como señala el autor, parece suficiente. El primero porque hace aparecer como solución lo que es justamente el problema; el problema es determinar cuando surge el derecho real. El segundo debido a que nuestro Derecho conoce, y no de forma insólita, la existencia de autorizaciones temporales. Mayor enjundia tiene el dato del precario, pero quizá tampoco puede considerarse decisivo porque la cláusula del precario. Por ello, la nota última que permite separar la concesión de la autorización en materia demanial no es otra que el distinto uso de los bienes demaniales.

título de aspectos propios de la concesión, ocasionando la pérdida progresiva de las notas típicas del carácter reglado o la posibilidad de revocación sin indemnización.

Dejando de lado dichas confusas diferencias, lo relevante es que cuando el uso del bien demanial exceda del común, sea uso especial o privativo impropio, su realización queda sujeta a la previa obtención de autorización siempre que sean usos no superiores a cuatro años y que empleen instalaciones desmontables o bienes muebles. Por el contrario, si el uso que se pretende excede del sujeto a autorización por su duración o por la transformación de aquél, está supeditado a la obtención de una concesión. En definitiva, si bien la LPAP no contiene definición de la concesión, sí permite extraer un concepto<sup>619</sup>. Las circunstancias que dan lugar a la misma son las siguientes: uso especial o privativo con una duración superior a cuatro años, sin transformar el bien demanial por efectuarse únicamente con bienes muebles o instalaciones desmontables, o uso especial o privativo inferior a cuatro años con transformación por realizarse con obras o instalaciones fijas.

En cuanto al régimen jurídico de estas figuras, es el art. 92.5 de la LPAP el que se encarga de regularlo para las autorizaciones y el art. 93.5 para las concesiones demaniales, si bien efectuando éste último únicamente una remisión al primero. De dicho régimen previsto para las figuras de la autorización y de la concesión pueden destacarse los siguientes aspectos.

Las autorizaciones sobre el dominio público son actos de tolerancia concedidos por la Administración unilateralmente, que no se consideran derechos reales, sino un conjunto de facultades posesorias, a las que no se les permite el acceso al Registro de la Propiedad, en sentido contrario de lo que se prevé para las concesiones<sup>620</sup>, configuradas como títulos jurídicos que otorgan al particular un derecho real administrativo,

---

<sup>619</sup> PAREJO GAMIR, R., «Transmisión y gravamen...», *op. cit.*, p. 11, aclara: «La concesión administrativa es un acto administrativo por el que la Administración confiere a un particular una esfera de actuación originariamente administrativa; implica, por tanto, la transferencia de facultades administrativas a un particular, lo que supone, de una parte, el surgimiento de un derecho a favor del particular, y, de otra, la transferencia al mismo de una función que haya de ejercitar en interés general. Todo ello con una matización decisiva: esta transferencia al particular de una función administrativa lo es sólo en cuanto a su ejercicio, reteniéndose en todo caso su titularidad por la Administración concedente».

<sup>620</sup> DE FUENTES BARDAJÍ, J. (dir.), y GAYARRE CONDE, I. (coord.), *Comentarios a la Ley de Patrimonio...*, *op. cit.*, p. 717. Además, debe tenerse en cuenta que el título concesional, documento administrativo que recoge la resolución por la que la Administración otorga el derecho de uso del dominio público, identifica a los sujetos y determina el régimen de uso o aprovechamiento del bien concedido, es suficiente para acceder a todo tipo de registros públicos y, singularmente, al Registro de la Propiedad, sin que sea necesario el otorgamiento de escritura pública.

consistente en usar y aprovechar, de forma excluyente, bienes de dominio público en beneficio de su actividad privada y de la colectividad. La LPAP reconoce al titular de una concesión un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya realizado para el ejercicio de la actividad concedida y admite expresamente el acceso de la misma al Registro de la Propiedad<sup>621</sup>. Dicho derecho real confiere al concesionario «los derechos y obligaciones del propietario» durante el plazo de la concesión (art. 97 de la LPAP) por lo que, al ser uno de esos derechos la plena disponibilidad del bien, la concesión resulta ser susceptible de cualquier otro negocio jurídico-privado, aunque no se halle previsto de modo expreso en la Ley (por ejemplo, la constitución de derechos de goce como el usufructo)<sup>622</sup>. Esto se debe a que el objetivo del legislador es garantizar la plenitud del dominio dividido a favor del concesionario otorgándole un derecho real sobre las construcciones que, desligado del suelo demanial sobre el que se asienta, le permita realizar operaciones de transmisión, financiación e hipoteca sobre su derecho que no entren en contradicción con los principios rectores del dominio público. Se observa así que mediante el otorgamiento de este derecho real administrativo con un claro contenido económico se abre la posibilidad de operar en el tráfico jurídico-privado.

En otro orden de consideraciones, dado que la autorización puede jugar cuando los usos son de escasa entidad o de vocación pasajera o transitoria, el art. 92.4 de la LPAP declara el carácter precario de las mismas al prever la posibilidad de revocación unilateral por la Administración otorgante por razones de interés público debidamente motivadas (incompatibilidad de la autorización con condiciones generales aprobadas con posterioridad a su otorgamiento, daño ocasionado al dominio público como consecuencia del uso en las condiciones y circunstancias en las que ha sido autorizado y la incompatibilidad del uso que habilita la autorización con otras actividades de mayor interés público o que aquél menoscabe el uso general) sin derecho a indemnización por parte del titular de la misma<sup>623</sup>.

---

<sup>621</sup> Así lo fija el art. 31 del Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el RH cuando afirma: «Las concesiones administrativas que afecten o recaigan sobre bienes inmuebles, se inscribirán a favor del concesionario con la extensión y condiciones que resulten del título correspondiente».

<sup>622</sup> CARRILLO DONAIRE, J.A., *Las servidumbres...*, op. cit., pp. 165 y ss.

<sup>623</sup> El legislador omite la sólida y bien decantada jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha venido reduciendo la precariedad y la libre revocabilidad de las autorizaciones, que parece poner en cuestión la rotundidad de esa afirmación legal. En este sentido, cabe apuntar que el Tribunal Supremo distingue entre la precariedad de primer grado, que afecta a una situación jurídica que por sus propias características es

Por otro lado, el apartado tercero del art. 92 de la LPAP subraya que las autorizaciones son títulos de carácter transitorio, pues se fija en cuatro años su período de duración máxima, haya mediado o no prórroga previa; limitación que es también importante en la legislación sectorial.

Frente a esta situación, las concesiones sí colocan al sujeto en una posición más estable como consecuencia de la existencia de un verdadero derecho subjetivo de carácter real, del que únicamente se puede ser privado anticipadamente mediante indemnización. El plazo máximo de duración de la concesión, incluidas las prórrogas que se hubieran establecido en el título, no puede ser en ningún caso superior a setenta y cinco años. La determinación del plazo correspondiente en cada caso concreto deberá tener en cuenta el interés público, los fines perseguidos con la misma y la necesidad de que la concesión sea atrayente para el concesionario, de manera que sea suficiente para amortizar las obras o instalaciones necesarias para su aprovechamiento, así como de asegurar en definitiva su posición jurídica frente a la Administración otorgante<sup>624</sup>.

Con independencia del plazo de duración, el principio de imprescriptibilidad del dominio público conlleva la extinción tarde o temprana de las autorizaciones y concesiones, y en consecuencia del derecho a la ocupación o aprovechamiento del bien. No obstante, la extinción no se produce únicamente por el transcurso del tiempo, sino que puede tener lugar por causas diversas. Por motivos de seguridad jurídica, en todos los casos hace falta una declaración administrativa, tras el oportuno procedimiento administrativo con audiencia del interesado, que comunique al titular el vencimiento de la concesión. Incluso la extinción por vencimiento del plazo exige dicha declaración, tal y como se desprende del art. 102.2 de la LPAP.

FERNÁNDEZ ACEVEDO<sup>625</sup> agrupa los supuestos extintivos en dos grupos: a) el normal o ligado al plazo inicialmente previsto como parte del contenido del derecho, único supuesto de extinción de carácter no patológico [art. 100 c) de la LPAP, «*caducidad por vencimiento de plazo*»] y b) el anormal, compuesto por todas las causas

---

de carácter permanente y duradero, y la precariedad de segundo grado, referida a situaciones menos duraderas en la que la interinidad es la nota fundamental. En relación con las de primer grado, el Tribunal Supremo ha señalado que la precariedad no es plenamente eficaz, llegando en ocasiones a ser puramente nominal o semántica, de modo que permite a la Administración revocar o modificar el acto originario, pero no la exonera de indemnizar las consecuencias económicas de dicha revocación.

<sup>624</sup> DE FUENTES BARDAJÍ, J. (dir.), y GAYARRE CONDE, I. (coord.), *Comentarios a la Ley de Patrimonio...*, op. cit., p. 746.

<sup>625</sup> FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., «Utilización de los bienes y derechos públicos...», op. cit., pp. 960 y ss.

extintivas, cuyo elemento común consiste precisamente en el carácter patológico, que provoca una anticipación del efecto extintivo: *«muerte o incapacidad sobrevenida del usuario o concesionario individual o extinción de la personalidad jurídica; falta de autorización previa en los supuestos de transmisión o modificación, por fusión, absorción o escisión, de la personalidad jurídica del usuario o concesionario; rescate de la concesión, previa indemnización, o revocación unilateral de la autorización; mutuo acuerdo; falta de pago del canon o cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones del titular de la concesión, declarados por el órgano que otorgó la concesión o autorización; desaparición del bien o agotamiento del aprovechamiento; desafectación del bien, en cuyo caso se procederá a su liquidación conforme a lo previsto en el artículo 102 de esta Ley; cualquier otra causa prevista en las condiciones generales o particulares por las que se rijan».*

Sobre cada una de ellas este autor realiza las siguientes precisiones:

- 1) La inclusión de la muerte del concesionario persona física [art. 100 a) de la LPAP] como causa de extinción de las autorizaciones y de las concesiones es una novedad de la Ley, que no casa con la admisión de la transmisión *mortis causa* producida por el solo hecho de la muerte. No parece posible que un único hecho, el fallecimiento del concesionario, pueda producir dos consecuencias jurídicas contradictorias: la extinción del título concesional y su transmisión a los herederos o legatarios.
- 2) En cuanto al vencimiento del plazo y al rescate, la Ley se contradice cuando exige la temporalidad de todas las autorizaciones y concesiones y la previa indemnización para poder ejercitar la potestad de rescate, pero admite en el art. 102.2 de la LPAP la declaración de caducidad *«respecto de las cuales la Administración se hubiere reservado la facultad de libre rescate sin señalamiento de plazo».*
- 3) El art. 100 de la LPAP no recoge la extinción de la concesión por expropiación forzosa, históricamente admitida tanto por la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa como por alguna legislación sectorial. La omisión puede ser debida a que el rescate posee naturaleza materialmente expropiatoria. No obstante, la LPAP sí contiene una referencia expresa a la expropiación, al regular el ejercicio de las reservas demaniales (art. 104.4), las cuales, además de prevalecer frente a cualquier otro uso, llevan implícita la declaración

de utilidad pública y la necesidad de ocupación «*a efectos expropiatorios, de los derechos preexistentes*», entre los que, indudablemente, pueden encontrarse derechos concesionales.

- 4) Existen en la LPAP dos ausencias significativas: la revisión de oficio y la facultad de renuncia del concesionario. Sin embargo, el hecho de que la concesión sea un derecho, a pesar de estar delimitado por un conjunto de cargas y obligaciones, implica necesariamente, a pesar del silencio de la Ley, su admisibilidad<sup>626</sup>. Asimismo, aunque la revisión de oficio no esté recogida de manera explícita debe ser aceptada, toda vez que se halla prevista para todo tipo de actos administrativos en los arts. 102 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante LRJPAC).
- 5) Finalmente, el art. 100 h) prevé como causa extintiva la desafectación del bien, procediéndose a la liquidación conforme a lo previsto por el art. 102 de la LPAP. Cuando el dominio público pierde su condición porque es desafectado, se convierte en bien patrimonial; en estos casos la regla es que el título se extingue transformándose la relación jurídico-administrativa en privada.

En otro orden de consideraciones, ha de señalarse que el art. 101 LPAP se ocupa del efecto principal de la extinción de la concesión y del derecho real administrativo que otorga, cualquiera que sea la causa que la motive, estableciendo que el mismo consiste en la reconstitución del estado jurídico no gravado del dominio público, esto es, la reintegración de la porción concedida a su condición ordinaria determinada por la afectación principal.

Al disolverse la relación jurídica establecida entre la Administración y el concesionario, éste tiene derecho a reclamar la devolución de las garantías o fianzas entregadas, salvo en determinados supuestos como el incumplimiento. Además, en caso de rescate el sujeto ha de ser indemnizado. Los derechos de los acreedores hipotecarios, si los hubiera, cuya garantía aparezca inscrita en el Registro de la Propiedad en la fecha en que se produzca el rescate serán tenidos en cuenta para determinar la cuantía y los receptores de la indemnización (art. 101.3 de la LPAP).

---

<sup>626</sup> El art. 6.2 C.c. admite con carácter general la validez de la renuncia de los propios derechos siempre que «*no contrarién el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros*», aspectos que han de ser cuidadosamente valorados por la Administración antes de aceptar.

Por su parte la Administración, que puede proceder al desahucio si el particular se opone a la devolución de los bienes, tiene que decidir sobre el mantenimiento de las obras e instalaciones o su levantamiento y retirada del dominio público, bien por el interesado o bien por la propia Administración, en ejecución subsidiaria y a sus expensas. Como afirma el art. 101.1 de la LPAP, la decisión sobre el mantenimiento de las obras, puede venir establecida en el título concesional o tomarse en un momento posterior. Si se optara por el mantenimiento de las obras, las mismas revierten a la Administración gratuitamente y libres de cargas y gravámenes (art. 101.2 de la LPAP).

Por último, la reversión tiene lugar no por la entrega y levantamiento del acta reversional, sino en la fecha de extinción de la concesión, es decir, opera *ope legis* desde el vencimiento del plazo o desde la firmeza de la resolución extintiva.

### **2.1.3. Negocios jurídicos sobre la concesión o con objeto de la misma**

El Capítulo I «*Utilización de los bienes y derechos de dominio público*», de la Sección cuarta «*Autorizaciones y concesiones demaniales*», de la LPAP contiene tres artículos: el 97 (*Derechos reales sobre obras en dominio público*), 98 (*Transmisión de derechos reales*) y 99 (*Titulización de derechos de cobro*), que regulan los llamados «negocios jurídicos sobre la concesión» o con objeto en la misma.

El primero de los preceptos, el art. 97 de la LPAP, en el ámbito de las concesiones demaniales, reconoce a los concesionarios no un derecho real sobre el dominio público, sino sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que hayan construido para el ejercicio de la actividad autorizada. En consecuencia, este artículo parte de la base de que lo normal es que el dominio concedido lejos de quedarse como estaba, sea objeto de una explotación económica<sup>627</sup>. Esto exige en consecuencia financiación, es decir, obtención de recursos ajenos, y solicitud de garantías, de las que se ocupan los dos preceptos siguientes (arts. 98 y 99)<sup>628</sup>.

---

<sup>627</sup> RIGAUD, L., *La théorie des droits réels administratifs*, Libr. Rec. Sirey, Toulouse, 1914; PLESSIX, B., *La théorie des droits réels administratifs à l'épreuve du temps*, Mémoire DEA, Paris, 1995; ROUAULT, M.C., «La constitution de droits réels sur le domaine public», *Revue de Droit Immobilier*, núm. 1, 1995; CAVIGLIOLI, B., *Droits réels et domaine public. Contribution à une théorie de la domanialité*, Éditions universitaires européennes, Sarrebruck, 2011.

<sup>628</sup> JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., «Negocios jurídicos sobre la concesión», CHINCHILLA MARÍN, C. (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio...*, op. cit., pp. 475 y ss.



En este caso el objeto del derecho real es evidente y necesariamente la construcción que el ocupante realiza sobre el dominio y que debe financiar, la cual incorpora imprescindiblemente el suelo de dominio público sobre el que está construida. De esta manera, la concesión tiene por objeto una concreta parcela de un bien de dominio público, pero no en su totalidad, sino que lo otorgado se reduce a una particular *utilitas* para la que dicho bien resulta idóneo. En definitiva, el objeto de la concesión no lo constituyen verdaderamente los bienes que configuran aquél, sino, de modo más exacto, las concretas utilizaciones o aprovechamientos sobre los mismos<sup>629</sup>.

Así lo reconoce el art. 97 de la LPAP al sostener: «1. *El titular de una concesión dispone de un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido para el ejercicio de la actividad autorizada por el título de la concesión. 2. Este título otorga a su titular, durante el plazo de validez de la concesión y dentro de los límites establecidos en la presente sección de esta Ley, los derechos y obligaciones del propietario*».

Los primeros beneficiarios de estos derechos reales son los ocupantes privativos del dominio público, que se atribuyen una porción de dicho dominio público delimitado. Debe precisarse que no se otorga la porción demanial propiamente dicha, porque ello atentaría contra el principio de inalienabilidad, que pretende mantener la titularidad administrativa del bien y el cumplimiento de la función pública a la que el mismo se encuentra afecto.

En cuanto a su finalidad, esta operación se consiente con el fin de poder realizar una actividad generalmente privada o incluso una actividad de interés general, una misión de servicio público. Cualquiera que sea la finalidad, lo importante es que se crea una verdadera dinámica económica sobre el dominio público y los ocupantes privativos lo valorizan económicamente.

No obstante, parte de la doctrina recuerda que el reconocimiento excesivo de derechos reales hace ineficaz la protección fundada sobre la inalienabilidad de los bienes demaniales; al igual que una reducción excesiva del campo de aplicación de la demanialidad pública; lo que podría ser muy perjudicial para una buena gestión general

---

<sup>629</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Derecho Administrativo Patrimonial: comentario a la Ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones Públicas, Tomo II...*, op. cit., p. 754, precisa que «Ello es importante porque, como hubo ocasión de comprobar, hay utilizaciones que no modifican la sustancia material del bien (concesiones de aguas para aprovechamiento hidroeléctrico), otras que la consumen (concesiones de agua para abastecimiento de poblaciones) y otras que la enriquecen (concesiones de puertos deportivos). El objeto de la concesión es (...) sobre el bien, no del bien».

del dominio<sup>630</sup>. Por ello, si el criterio de la compatibilidad entre el derecho real y la afectación es considerado insuficientemente protector, es siempre posible elevar las exigencias y que exista no sólo una simple compatibilidad, sino una conformidad del derecho real, en el mismo sentido que la afectación.

Más allá de la mayor o menor fortuna del pronunciamiento legal, reconociendo la existencia de un verdadero derecho de propiedad del concesionario en estos casos (probablemente sería más exacto llamarlo derecho de superficie, dado que lo que se le atribuye al concesionario temporalmente es la propiedad separada del vuelo o del subsuelo)<sup>631</sup>, lo cierto es que la intención del legislador es garantizar la plenitud del dominio dividido a favor del concesionario otorgándole un derecho real sobre las construcciones que, desligado así del “suelo demanial” sobre el que se asienta, le permita realizar operaciones de transmisión, financiación e hipoteca<sup>632</sup> sobre su derecho que no entren en colisión con los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad del dominio público (tal y como establecen los arts. 98 a 100 de la LPAP).

Pues bien, el reconocimiento de este derecho “de propiedad”, claramente pensado para fortalecer la financiación de infraestructuras sobre el dominio público y que bien pudiera ayudar a paliar el secular abandono y dejación que los concesionarios hacen de sus instalaciones cuando se va acercando el plazo de extinción de la concesión,

---

<sup>630</sup> JÜEN, P., «La compatibilité du principe d’inaliénabilité...», *op. cit.*, p. 136.

<sup>631</sup> A diferencia del propietario que puede usar –o no usar– y disponer de lo que es suyo, el concesionario no tiene total libertad para usar la cosa, sino que debe seguir el fin concreto para el que se le concedió. Asimismo, tampoco tiene el concesionario facultad de disposición porque la adjudicación sigue siendo de naturaleza esencialmente personalista.

<sup>632</sup> En este sentido, ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil, vol. III, Derecho de bienes...*, *op. cit.*, p. 756, explica: «Las concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público, y los edificios o terrenos que, no estando directa y exclusivamente destinados al referido servicio, pertenezcan al dominio del particular, si bien se hallen agregados a aquellas obras, quedando pendiente la hipoteca, en el primer caso, de la resolución del derecho del concesionario». Asimismo, BLASCO GASCÓ, F., «La hipoteca inmobiliaria (II)», CLEMENTE MEORO, M. (coord.), *Derecho Civil. Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 472, «Se trata de las concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público y los edificios o terrenos que no estando directa o exclusivamente destinadas al referido servicio, pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen agregados a aquellas obras, quedando pendiente la hipoteca, en el primer caso, de la resolución del derecho del concesionario. Las concesiones administrativas de obras públicas sobre inmuebles son bienes inmuebles (art. 334.10 CC). Son asimismo inmatriculables (vid. arts. 44.6 y 60 y ss. RH). Normalmente, para la constitución de determinadas hipotecas de concesión administrativa se necesita autorización administrativa (p.ej. concesiones mineras). Otra especialidad que presenta este tipo de hipoteca es su extinción automática con la resolución del derecho del concesionario hipotecante, pero si ha recibido alguna indemnización por dicha resolución se debe acreditar su consignación para la cancelación de la hipoteca (arts. 175.3 y 180 RH)».

no se corresponde con lo prevenido, en sede de extinción del título, sobre la demolición de las obras a cargo del concesionario una vez que se extingue la concesión, ni tampoco con la reversión gratuita y libre de cargas de las mismas en favor de la Administración en caso de no proceder su demolición, bien por haberse pactado así expresamente o porque la autoridad competente para otorgar la concesión así lo decida (art. 101 de la LPAP). Parece claro que este régimen de demolición y, en su defecto, el régimen reversional se inspira en la regulación del derecho de superficie de las leyes urbanísticas. Pero si la Administración sigue pudiendo obtener las obras gratuitamente en el momento de extinguirse la concesión, la tradicional dejadez de los concesionarios, el progresivo deterioro de las instalaciones y su escaso o nulo mantenimiento, seguirá siendo tónica habitual en aquellas concesiones próximas a su fin, en las que el coste de amortización de las obras de mantenimiento y mejora no pueda ser compensado en lo que resta del plazo concesional ni en el momento de extinción del título.

Finalmente, debe señalarse que como el título es expedido a título personal, no puede ser libremente cedido ni transmitido, lo que hace difícil un cierto número de operaciones, a pesar de que el art. 98 LPAP sí regule la cesión o transmisión.

Dicho art. 98.1 de la LPAP afirma: «*Los derechos sobre las obras, construcciones e instalaciones de carácter inmobiliario a que se refiere el artículo precedente sólo pueden ser cedidos o transmitidos<sup>633</sup> mediante negocios jurídicos entre vivos o por causa de muerte o mediante la fusión, absorción o escisión de sociedades, por el plazo de duración de la concesión, a personas que cuenten con la previa conformidad de la autoridad competente para otorgar la concesión*». No obstante, nada se indica sobre el alcance de la potestad, que debe entenderse en lo sustancial reglada; ni sobre sus plazos de ejercicio o el sentido del silencio. Sí queda claro en cualquier caso que la transmisión está sujeta a la previa autorización de la Administración concedente. Este requisito *ad solemnitatem* ocasiona que cuando el mismo se incumpla, quede invalidado el negocio ante la Administración y frente a terceros, al tiempo que constituye una causa de extinción de la propia concesión.

El apartado 2 y último del art. 98 tiene tres párrafos, en virtud de los cuales: «*Los derechos sobre las obras, construcciones e instalaciones sólo podrán ser*

---

<sup>633</sup> JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., «Negocios jurídicos sobre la concesión»..., *op. cit.*, p. 480, afirma que la LPAP es poco cuidadosa ya que trata por igual todos los supuestos de cesión o transmisión. «*El art. 98.1 emplea de manera sucesiva ambos conceptos. Trata por igual ambos conceptos, así sean puramente aparentes (fusión, absorción o escisión de sociedades). Para finalmente proclamar que en cualquiera de los casos hace falta "previa conformidad" (...) de la autoridad competente*».

*hipotecados como garantía de los préstamos contraídos por el titular de la concesión para financiar la realización, modificación o ampliación de las obras, construcciones e instalaciones de carácter fijo situadas sobre la dependencia demanial ocupada.*

*En todo caso, para constituir la hipoteca será necesaria la previa autorización de la autoridad competente para el otorgamiento de la concesión. Si en la escritura de constitución de la hipoteca no constase esta autorización, el registrador de la propiedad denegará la inscripción.*

*Las hipotecas constituidas sobre dichos bienes y derechos se extinguen con la extinción del plazo de la concesión».*

Así pues, los derechos garantizados que versan sobre las obras, construcciones e instalaciones -y sólo ellos- pueden ser garantizados mediante la hipoteca sobre concesiones administrativas.

Esta figura aparece también en la LH. Concretamente, en el art. 107, apartado 6, se indica: *«Podrán también hipotecarse: 6º Las concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público, y los edificios o terrenos que, no estando directa y exclusivamente destinados al referido servicio, pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen agregados a aquellas obras, quedando pendiente la hipoteca, en el primer caso, de la resolución del derecho del concesionario».* También en el RH, en los arts. 31, 60, 61 y 186.

A pesar de la denominación, el objeto de la garantía hipotecaria en este caso es distinto de la hipoteca convencional. Al estar siempre ante un negocio concesional sometido a plazo, también ello afecta a la propia hipoteca.

Sí conviene señalar que en virtud del principio de especialidad, que ya estaba proclamado en el RH para las concesiones administrativas, *«No se admitirá la hipoteca de concesiones de obras públicas que no guarden relación con la concesión correspondiente».*

En este ámbito, debe advertirse que tampoco parece bien resuelto en la Ley estatal la situación de los acreedores hipotecarios en casos de extinción anticipada de la concesión o de rescate de la misma, pues la Ley se limita a reconocerles un genérico derecho de crédito sobre la indemnización estipulada en caso de rescate y un derecho de audiencia en caso de resolución anticipada por incumplimiento del

concesionario, sin que nada se diga sobre el cumplimiento de la garantía real asociada a su derecho.

En último lugar, debe indicarse que, como señala el art. 99.1, «*los derechos de cobro de los créditos con garantía hipotecaria podrán ser cedidos total o parcialmente mediante la emisión de participaciones hipotecarias a fondos de titulización hipotecaria (traducción del inglés securitisation) que se regirán por lo dispuesto en la Ley 19/1992, de 7 de julio, de Instituciones de Inversión Colectiva y las disposiciones que la desarrollen*». Continúa afirmando el segundo apartado de este artículo que: «*Podrán incorporarse a fondos de titulización de activos, previa autorización al Consejo de Ministros, a propuesta conjunta del de Economía y del competente por razón de la materia, previo informe de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, valores que representen participaciones en derechos de cobro del concesionario derivados de la explotación económica de la concesión de acuerdo con las condiciones establecidas en el título concesional y conforme a lo previsto en la legislación aplicable a dichos fondos de titulización de activos*».

De todo lo anterior se desprende que el mundo de las concesiones administrativas, que ha permanecido tradicionalmente al margen del sistema financiero, está cambiando.

Desde finales del siglo XX es perceptible que ambos mundos se aproximan e incluso entremezclan<sup>634</sup>. La crisis presupuestaria de los poderes públicos se ha agravado y todos se sienten obligados a buscar nuevas fuentes de ingresos para las infraestructuras.

#### **2.1.4. Exigencia de tasas**

El dominio público es una técnica jurídica que cumple finalidades públicas muy diversas y, entre ellas, puede perseguirse, cuando así lo permitan las circunstancias del caso concreto, la de obtener ingresos. Es principio general que las utilidades especiales y privativas del dominio público que benefician en especial a un sujeto determinado estén sujetas al pago de una tasa, canon o impuesto.

---

<sup>634</sup> JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., «Negocios jurídicos sobre la concesión»..., *op. cit.*, p. 488.

Los tributos<sup>635</sup> pretenden la obtención de ingresos y de recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos con la finalidad de servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la CE. En efecto, el carácter contributivo de los tributos es una característica esencial derivada del art. 31 de la CE, inherente a los mismos como institución y que impregna su régimen jurídico, diferenciándolos de otros ingresos<sup>636</sup>. Además, en el supuesto que se lleve a cabo un uso especial o privativo de bienes de dominio público por parte de un particular, parece lógico que los posibles daños que pudieran causarse queden reparados y más aún que se compensen de alguna manera los beneficios que son recibidos por ese sujeto, que impiden la posibilidad de la obtención simultánea por los demás.

En concreto, las tasas, en tanto que tributos, son prestaciones pecuniarias que deben responder al deber de contribuir y responden al fin primordial de obtener fondos para el sostenimiento de los gastos públicos. Su hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial que se haga por concesiones, autorizaciones u otra forma de adjudicación por parte de los órganos de la Administración competente, de acuerdo con las disposiciones específicas que las regulan<sup>637</sup>. La misma debe diferenciarse del precio público<sup>638</sup> ya que, a pesar de que

---

<sup>635</sup> Las Sentencias del Tribunal Constitucional 102/2005 y 121/2005 reiteran el concepto de tributo que el Tribunal Constitucional empleara en su Sentencia 182/1997, como «prestaciones coactivas que se satisfacen, directa o indirectamente, a los entes públicos con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos».

<sup>636</sup> MARTÍNEZ LAGO, M.A. y GARCÍA DE LA MORA, L., *Lecciones de Derecho Financiero y Tributario*, Iustel, Madrid, 2011, explican, además, que nada impide que los tributos sirvan como instrumentos de la política económica general y atiendan a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución.

<sup>637</sup> VILLAR ROJAS, F.J., *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos*, Comares, Granada, 2000, p. 5.

<sup>638</sup> CARRILLO DONAIRE, J.A., «A vueltas sobre la naturaleza jurídica tributaria o tarifaria de las contraprestaciones derivadas del servicio de abastecimiento de agua. Consecuencias de la derogación del inciso final del artículo 2.2 a) de la Ley General Tributaria», *Diario de Derecho Municipal*, de 8 de octubre de 2012, señala que la legislación local y hacendística de los años cincuenta y pasado del pasado siglo consideraba “rendimiento de los servicios” referido siempre a los servicios de carácter económico, mientras que reservaba las tasas para las contraprestaciones de Derecho público, de carácter tributario y de exacción coactiva, que procedían de otras actividades municipales “no comerciales”, como la autorización del aprovechamiento especial o la utilización privativa de los bienes demaniales. «Sin embargo, la Ley de Haciendas Locales de 1988 y la Ley 8/1989, de Tasas y Precios Públicos, de 13 de abril (LTTP) acogen, al igual que la STC 185/1995, de 14 de diciembre, al resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra esta última Ley, la naturaleza no tributaria de los precios públicos coactivos o de imposición obligatoria al usuario, a los que no obstante somete a reserva de ley del art. 31 de la Constitución; reserva que la norma impugnada no satisface, por lo que declaró inconstitucionales los párrafos a) y b) del art. 24.1 de la LTTP, así como de ciertas expresiones

ambos constituyen ingresos financieros y se originan por el mismo supuesto de hecho, esto es, la entrega directa de bienes o la prestación de servicios por el sector público de los que se obtienen ingresos públicos, en el precio público la relación para el administrado es contractual y voluntaria porque la obligación del pago no viene impuesta por ninguna norma ni es condición previa para la realización por el pagador. El Ente público no es investido de ninguna autoridad, por lo que el precio público es una contraprestación económica libremente demandada por el pagador<sup>639</sup>.

En cambio, la tasa al nacer de la imposición por un poder público de una obligación de pago y ser establecida sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a satisfacerla es una prestación patrimonial coactivamente impuesta que, en cuanto tal, está sometida a la reserva de ley<sup>640</sup>. Se consideran coactivamente impuestas las prestaciones pecuniarias que derivan de la utilización de bienes, servicios o actividades prestadas o realizadas por los Entes públicos en posición de monopolio de hecho o de derecho<sup>641</sup>, dado que la libertad de contratar o no, la posibilidad de abstenerse de utilizar

---

*contenidas en el párrafo c) de dicho precepto. Como consecuencia de este pronunciamiento del TC y de la posterior Sentencia 233/1999, de 13 de diciembre, sobre la Ley de Haciendas Locales de 1998, se aprobó la Ley 25/1998, de 13 de julio, que modificó la definición de tasa contenida en la Ley General Tributaria, así como las nociones de tasa y precios públicos de la LIT. El efecto más importante de esta modificación es que los precios públicos "coactivos" (los derivados de la utilización privativa o del aprovechamiento especial del dominio público, los exigibles por servicios o actividades de solicitud o recepción obligatoria, los prestados en monopolio de hecho o de Derecho o los indispensables para la vida personal o social de los ciudadanos) se incorporaron al ámbito objetivo de las tasas, de modo que estas comprenden desde entonces las prestaciones "coactivas" devengadas en régimen de Derecho público y aquellos las no "coactivas" (supone reducir drásticamente el campo de acción de los precios públicos)».*

<sup>639</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Derecho Administrativo Patrimonial: comentario a la Ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones Públicas, Tomo I...*, op. cit., p.773.

<sup>640</sup> No obstante, el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto en varias Sentencias, entre otras 19/1987, de 17 de febrero; 37/1981, de 16 de noviembre y de 12/2005, de 10 de mayo, que la reserva de ley tributaria cuando se trata de las tasas se caracteriza por su especial flexibilidad al tratarse de tributos exigidos con contraprestación.

<sup>641</sup> Han de considerarse coactivamente impuestas no sólo aquellas prestaciones en las que la realización del supuesto de hecho o la constitución de la obligación se impone coactivamente en sentido estricto, sino también aquellas en las que el bien, la actividad o el servicio requerido es objetivamente indispensable para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida de los ciudadanos y las prestaciones pecuniarias que derivan de la utilización de bienes, servicios o actividades prestadas o realizadas por los entes públicos en posición de monopolio de hecho o de Derecho. Como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 185/1995, de 14 de diciembre, «La única alternativa que le cabe al particular para eludir el pago del precio público es la abstención de la realización de la actividad anudada a la utilización o aprovechamiento del demanio». Por ello, aunque el nivel de coactividad que deriva del monopolio público sea ciertamente menor que el que resulta del carácter imprescindible de los bienes, servicios y actividades que generan la prestación, no por ese motivo puede considerarse irrelevante, ni subsumirse en este requisito, pues aunque los servicios o las actividades no sean obligatorias, no imprescindibles, lo cierto es que si sólo son los Entes públicos quienes los prestan, los particulares se ven obligados a optar entre no recibirlos o constituir necesariamente la obligación de pago de la prestación.

el bien, el servicio o la actividad no es una real y efectiva libertad<sup>642</sup>. Los bienes demaniales son de titularidad de los Entes públicos y son ellos los únicos que pueden otorgar el título (autorización o concesión) al que están supeditados la utilización privativa o el aprovechamiento especial. Se dice, por tanto, que estamos ante una situación considerada de monopolio en el sentido del art. 31.3 de la CE y sometida a reserva de ley.

La actual regulación de la cuestión se contiene en el art. 2, apartado 2, de la LGT, según el cual *«los tributos, cualquiera que sea su denominación, se clasifican en tasas, contribuciones especiales e impuestos. Tasas son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de Derecho público<sup>643</sup> que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado (...)»*.

En orden al cálculo, en materia de tasas, rige el principio de subsidiariedad, de equivalencia o equilibrio con el coste del servicio (como abiertamente ha sostenido el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 296/1994, de 10 de noviembre, y 16/2003, de 30 de enero), en virtud del cual el establecimiento de ésta tiene como finalidad la financiación del servicio para el cual se exige<sup>644</sup>. En este sentido, hay que recordar que las tasas, en tanto que tributos, son prestaciones pecuniarias que deben responder al deber de contribuir y al fin primordial de obtener fondos para el sostenimiento de los gastos públicos, lo que -sin embargo- no tiene por qué restar su lugar al principio de capacidad económica<sup>645</sup>. El deber de contribuir apela a la aplicación del art. 31.3 de la

---

<sup>642</sup> FERNÁNDEZ DE SOTO BLASS, M. L., «Problemática constitucional de la Ley 8/1989, de Tasas y Precios Públicos (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, de 14 de diciembre)», *Revista Jurisprudencia Tributaria*, núm. 85, 1996, Aranzadi.

<sup>643</sup> La gran novedad que introduce este artículo es la definición de la expresión “*en régimen de Derecho público*”, disponiendo que la misma engloba las actividades servicios públicos en los que se den las condiciones de coactividad, cualquiera que sea la modalidad mediante la que sean gestionados.

<sup>644</sup> La Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, pone este principio en cuestión por la elevada cuantía aplicable a las mismas.

<sup>645</sup> CHICO DE LA CÁMARA, P., «La tasa: cuestiones problemáticas», *Tributos locales*, núm. 86, 2009, y GIL RODRÍGUEZ, I., «Legalidad, equivalencia de costes y capacidad económica en las tasas»,



CE y, por tanto, al principio de capacidad económica, de difícil aplicación al ámbito de las tasas, según reconoce la doctrina especializada. El principio de equivalencia estaría llamado a garantizar que el importe de la tasa no sea superior al coste total del servicio; el principio de capacidad económica, ajustado a su dimensión retributiva, preservará que paguen más los sujetos que tengan mayor poder adquisitivo compensando la menor contribución que puedan realizar aquellos que dispongan de menos recursos<sup>646</sup>. Por ello, el cobro de una tasa se legitima por la provocación de un gasto o coste, de lo que se deriva la obligación de la exacción de las mismas mediante la correspondiente memoria económica financiera<sup>647</sup>.

### **2.1.5. Usos contemplados en los sectores especiales**

#### **A) Dominio público hidráulico**

Los arts. 50, 51 y 52 de la Ley de Aguas distinguen entre el uso común, el uso común especial y el uso privativo que se permiten efectuar del dominio público hidráulico.

Para comenzar, el art. 50 indica que son comunes los usos que pueden realizar todos de las aguas superficiales, sin necesidad de autorización administrativa, para beber, bañarse y otros usos domésticos, así como para abrevar el ganado. Estos usos comunes deben llevarse a cabo de forma que no se produzca una alteración de la calidad y caudal de las aguas.

Seguidamente, el art. 51 enumera los usos comunes especiales sujetos a declaración responsable que son la navegación y flotación; el establecimiento de barcas de paso y sus embarcaderos; y cualquier otro uso, no incluido en el artículo anterior, que no excluya la utilización del recurso por terceros. La declaración responsable, a la que

---

*Tributos locales*, núm. 50, 2005, señalan que ambos principios pueden convivir armoniosamente sin autoexcluirse.

<sup>646</sup> CARRILLO DONAIRE, J.A., «A vueltas sobre la naturaleza jurídica tributaria o tarifaria...», *op. cit.*

<sup>647</sup> El Tribunal Supremo se ha referido en varias de sus sentencias a esta memoria económica financiera, entre las que pueden citarse: SSTs de 12 de marzo de 1997 - RJ 1997/1788-; de 23 de mayo de 1998,- RJ 1998/4303; de 6 de marzo de 1999 -RJ 1999/2514-; de 1 de julio de 2003 -RJ 2003/5801-), destacando su relevancia en los siguientes términos: «El estudio económico financiero de referencia no puede merecer la calificación de mero requisito formal que debe proceder a la aprobación de una ordenanza fiscal y que, por tanto, es perfectamente subsanable, pues, por el contrario, se trata de un instrumento de principal importancia para la determinación directa de la cuantía de la deuda tributaria, como resultado de la valoración de la relación costes globales e ingresos referentes a la prestación del servicio de que se trate, de modo que tal informe o elemento que coadyuva directamente a la determinación de la deuda tributaria está sometido al principio de reserva legal de los arts. 10.3 LGT y 31.1 CE».

se refiere el art. 3.9 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso de las actividades de servicios y su ejercicio, debe presentarse con un periodo mínimo de antelación de quince días, para que pueda comprobarse la compatibilidad de dichos usos con los fines del dominio público hidráulico.

Por último, el art. 52 precisa que el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico, se adquiere por disposición legal o por concesión administrativa. En el primer caso, se incluye la posibilidad del propietario de una finca de aprovechar las aguas pluviales, que discurran por ella y las estancadas, dentro de sus linderos, con las condiciones que establezca la norma<sup>648</sup>. En cambio, el segundo engloba todos los usos privativos no incluidos en él, que requieren la previa obtención de una concesión administrativa<sup>649</sup>.

El art. 112 prevé que la ocupación, utilización y aprovechamiento de los bienes del dominio público hidráulico que requieran concesión o autorización administrativa, devengarán a favor del Organismo de cuenca competente una tasa denominada canon de utilización de bienes del dominio público hidráulico, destinada a la protección y mejora de dicho dominio.

### ***B) Dominio público costero***

Al igual que establece la LPAP, la Ley de Costas diferencia entre el uso común, en el art. 31.1, y el uso especial, en el art. 31.2. El primero es aquél que puede llevarse a cabo de manera libre, pública y gratuita, tales como pasear, estar, bañarse, navegar, embarcar y desembarcar, varar, pescar, coger plantas y mariscos y otros actos semejantes que no requieran obras e instalaciones de ningún tipo y que se realicen de acuerdo con las leyes y reglamentos o normas aprobadas conforme a esta Ley. El segundo agrupa los usos que se caracterizan por tener alguna circunstancia especial de peligrosidad, intensidad o rentabilidad, y los que requieren la ejecución de obras e instalaciones, pudiendo sólo ampararse en la existencia de reserva, adscripción,

---

<sup>648</sup> También comprende este primer grupo la utilización en un predio de aguas procedentes de manantiales situados en su interior y aprovechar en él aguas subterráneas, cuando el volumen anual no sobrepase los 7.000 metros cúbicos.

<sup>649</sup> EMBID IRUJO, A., «La crisis del sistema concesional y la aparición de fórmulas complementarias para la asignación de recursos hídricos. Algunas reflexiones sobre los mercados de derechos de uso de agua», en la obra dirigida por él, *Usos del agua (concesiones, autorizaciones y mercados del agua)*, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 25 y ss., analiza la crisis del sistema concesional y el surgimiento de derechos de agua como un complemento al sistema concesional tradicional.

autorización y concesión. Estas dos últimas figuras devengan el correspondiente canon a favor de la Administración del Estado.

Precisa el art. 51 que están sujetas a previa autorización administrativa las actividades en las que, aun sin requerir obras o instalaciones de ningún tipo, concurren circunstancias especiales de intensidad, peligrosidad o rentabilidad, y asimismo la ocupación del dominio público marítimo-terrestre con instalaciones desmontables<sup>650</sup> o con bienes muebles. Por su parte, el art. 64 afirma que toda ocupación de los bienes de dominio público marítimo-terrestre estatal con obras o instalaciones no desmontables está sujeta a previa concesión otorgada por la Administración del Estado.

En este contexto, debe tenerse en cuenta que la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas ha introducido algunas variaciones con el fin de revalorizar las costas mediante concesiones<sup>651</sup>. Así, puede decirse que el plazo máximo de duración de las concesiones en función de los usos a que las mismas se destinen ha pasado de treinta a setenta y cinco años<sup>652</sup>. Asimismo, la transmisión por actos *inter vivos* que antes impedía expresamente el art. 70.2 es ahora amparada por ese mismo precepto modificado.

### ***C) Dominio público portuario***

Los arts. 72 y siguientes de la Ley de Puertos se refieren a los usos y actividades permitidas en el dominio público portuario, distinguiendo entre usos comerciales, pesqueros, náutico-deportivos, y complementarios o auxiliares de los anteriores.

Los usos que presentan circunstancias de exclusividad, intensidad, peligrosidad o rentabilidad exigen el otorgamiento de la correspondiente autorización o concesión,

---

<sup>650</sup> Se entienden por instalaciones desmontables, según el art. 51.2, aquellas que precisen a lo sumo obras puntuales de cimentación, que en todo caso no sobresaldrán del terreno; estén constituidas por elementos de serie prefabricados, módulos, paneles o similares, sin elaboración de materiales en obra ni empleo de soldaduras; y se monten y desmonten mediante procesos secuenciales, pudiendo realizarse su levantamiento sin demolición y siendo el conjunto de sus elementos fácilmente transportables.

<sup>651</sup> Igualmente, puede verse esta finalidad cuando la propia Exposición de Motivos afirma: «*se han desarrollado los principios del artículo 132.1 de la Constitución sobre la imprescriptibilidad e inalienabilidad del dominio público, con la facultad administrativa de su reintegro posesorio de oficio, cualquiera que sea el tiempo transcurrido*», acuñando el término “reintegro”, ciertamente confuso sobre el régimen jurídico de los bienes a los que se aplica.

<sup>652</sup> El apartado tercero del art. 66 es el que prevé esta regla.

así como el pago de las tasas por dicha utilización<sup>653</sup>. Prevé el art. 74 que la autorización es necesaria cuando se utilicen instalaciones portuarias fijas por los buques, el pasaje y las mercancías, así como cuando se ocupe el dominio público con bienes muebles o instalaciones desmontables, o sin ellos, por plazo no superior a tres años. La concesión es otorgada, en virtud del art. 81, para la ocupación del dominio público portuario, con obras o instalaciones no desmontables o usos por plazo superior a tres años. En cualquier caso, el plazo de estas últimas no puede exceder de treinta y cinco años.

#### ***D) Especial referencia a la concesión minera***

Desde que surge en 1825 el Derecho público de minas en España, el sistema de ordenación minera utilizado ha sido el que otorga la propiedad de los yacimientos al titular de la soberanía territorial. Quiere decirse que el sistema español de ordenación minera ha estado presidido por el principio del dominio público de los yacimientos minerales. Sin embargo, el carácter demanial no ha impedido la explotación económica del sector y en él nos encontramos claramente la búsqueda del equilibrio o de la compatibilidad entre la protección del medio ambiente y el desarrollo del sector económico minero<sup>654</sup>.

Por este motivo, es conveniente referirse brevemente a los usos que pueden realizar los sujetos privados en relación con las minas<sup>655</sup> y, especialmente, a las concesiones de explotación, que ejemplifican la posibilidad de un bien demanial de reunir dos finalidades aparentemente contradictorias: la explotación económica y el cumplimiento de fines de interés general.

Para comenzar, debe señalarse que, en este ámbito, la posición de los particulares ha sido de dos tipos:

En primer lugar, han podido explotar determinados minerales sin título alguno de explotación. En segundo lugar, la explotación de los restantes minerales ha requerido

---

<sup>653</sup> El apartado segundo del art. 161 enumera las diferentes clases de tasas existentes: las tasas de ocupación (por la ocupación privativa del dominio público portuario), las tasas de actividad (por el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios en el dominio público portuario), las tasas de utilización (por la utilización especial de las instalaciones portuarias), y tasas de ayuda a la navegación (por el servicio de señalización marítima).

<sup>654</sup> FERNÁNDEZ-ESPINAR Y LÓPEZ, L.C., «El conflicto de intereses entre el medio ambiente y el desarrollo del sector económico minero», *Revista de Administración Pública*, núm. 111, 1986, p. 254.

<sup>655</sup> ENTRENA CUESTA, R., «Naturaleza y régimen jurídico de las rocas», *Revista de Administración Pública*, núm. 30, 1959, p. 37, destaca la importancia de las minas para el dominio público en general.

el título minera de concesión o el título de autorización. Sin embargo, en 1973 con la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas el legislador cambió el criterio ante la importancia económica de las canteras<sup>656</sup>.

La Ley vigente regula la concesión minera de manera más detallada que la Ley de 1944<sup>657</sup>, manteniendo los dos tipos de concesiones que reconocía esta última: concesiones directas y concesiones derivadas de permisos de investigación.

Asimismo, ocasiona con sus previsiones que en la práctica, el otorgamiento de una concesión de explotación constituya un supuesto reglado<sup>658</sup> para la Administración. La Ley establece como requisitos para su otorgamiento: que el mineral haya sido puesto de manifiesto y que sea susceptible de aprovechamiento racional (arts. 63-65 y 67-69 de la Ley de Minas). Además, los motivos de denegación vienen establecidos en los arts. 68.2 y 69.2<sup>659</sup> cuando precisan las condiciones para su otorgamiento: a) la documentación presentada debe reunir los requisitos reglamentarios; b) el proyecto debe estimarse adecuado al aprovechamiento racional del recurso mineral; c) el recurso mineral debe considerarse suficientemente conocido y/o haberse puesto de manifiesto en la investigación.

En cuanto a la extensión de la concesión, el art. 76.4 señala que debe estar comprendida entre una y cien cuadrículas. Por su parte, el art. 62 fija la vigencia de la misma en un período de treinta años, prorrogables por plazos iguales hasta un máximo de noventa años.

---

<sup>656</sup> FERNÁNDEZ-ESPINAR Y LÓPEZ, L.C., «El dominio público minero», PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de los bienes públicos, vol. III, Regímenes dominicales específicos. Propiedades especiales...*, op. cit., pp. 483-484.

<sup>657</sup> La Ley de Minas, de 19 de julio de 1944, no fomentaba la explotación de las concesiones mineras por dos motivos: establecía la obligación de explotar aquellas concesiones que al entrar en vigor estuviesen en explotación, pero dejando vigente la Ley de 1868, es decir, la supervivencia de la concesión mediante el mero pago del canon para todas aquellas concesiones que no estaban en explotación. Por otra parte, estableciendo una sanción pecuniaria con carácter previo a la caducidad de una concesión por su no explotación, se ocasionaba que los concesionarios pagaran la multa dejando transcurrir el tiempo sin llevar a cabo las labores de explotación y esperando la imposición de una nueva multa.

<sup>658</sup> DE ARCENEGUI FERNÁNDEZ, I., *Derecho minero*, Civitas, Madrid, 2002, se pronuncia a favor de la discrecionalidad en el otorgamiento de concesiones mineras.

<sup>659</sup> QUINTANA LÓPEZ, T., «Viejos y nuevos problemas de la concesión minera», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 18, 2009, pp. 13 y ss., afirma que el art. 69.2 establece una regla particular en relación con la denegación motivada en que la investigación realizada no haya puesto de manifiesto la existencia del mineral, permitiendo que la misma continúe hasta agotar los plazos del permiso correspondiente. De este mismo autor, *Concesión de minas y protección del medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

En 1973 el legislador adoptó en la Disposición Transitoria primera de la Ley, la siguiente regulación para otorgar una solución a la situación en que se encontraban las concesiones de explotación como consecuencia de la normativa anterior:

*«1. Todas las concesiones de explotación de recursos minerales de la Sección C) otorgadas con arreglo a las legislaciones anteriores, quedan sometidas a las disposiciones de la presente Ley.*

*2. Los titulares de las concesiones que vinieran siendo explotadas al entrar en vigor la presente Ley, dispondrán del plazo de un año para consolidar sus derechos. En este caso, cuando el titular haya cumplido las obligaciones dimanantes de las mismas, el plazo de concesión será de hasta noventa años, contado a partir del nuevo otorgamiento.*

*3. Los titulares de concesiones mineras que no vinieran siendo explotadas al entrar en vigor la presente Ley, sin que constituyan reservas debidamente aprobadas de otras en actividad, dispondrán del plazo de dos años, si estuviera puesto de manifiesto un recurso de la Sección C), para iniciar los trabajos de explotación o solicitar, en su caso, la autorización prevista en el artículo 72 para la concentración de la actividad en una o varias concesiones.*

*4. De no estar puesto de manifiesto dicho recurso, los titulares deberán presentar dentro del plazo de un año el proyecto a que se refiere el artículo 47 para la investigación de los terrenos que tengan concedidos; aprobada la investigación, deberá realizarse en los plazos que establece el artículo 45 de la presente Ley. Transcurridos los plazos sin que se haya puesto de manifiesto un recurso, se declarará la caducidad de la concesión de que se trate. Caso de resultar positiva la investigación desarrollada, la referida concesión quedará sometida a lo estipulado en el párrafo 3 de esta disposición transitoria.*

*5. Si finalizasen los plazos a que se refieren los párrafos anteriores sin haberse dado cumplimiento a lo establecido en los mismos por causas imputables al titular, se procederá a la caducidad de las concesiones.*

*6. A efectos de los apartados anteriores, no se entenderán como concesiones mineras inactivas aquellas cuya paralización obtenga autorización previa de la Delegación Provincial correspondiente.*

*7. Cuanto se contiene en esta disposición transitoria será aplicable a la reserva de zonas a favor del Estado, que se considerarán, según sean provisionales o definitivas, como permisos de exploración, investigación o concesiones de explotación, siéndoles también de aplicación, en cuanto a plazos, lo establecido en el párrafo tercero del artículo octavo de la presente Ley».*

De esta manera, queda reflejada la conciliación de los intereses privados con los intereses generales, con el objetivo de acabar con la situación de privilegio de las antiguas concesiones inactivas y lograr considerarlas incluidas en la obligación de mantenerlas en actividad.

También en este sentido, el Tribunal Supremo establece en varias de sus sentencias la necesaria ponderación del valor ambiental y del económico de una explotación o de una investigación minera.

Para ello, afirma, en la Sentencia de 29 de mayo de 1980 –RJ 1980/1979- que no es suficiente la alegación de daños y perjuicios al medio ambiente, sino que es necesario probarlos<sup>660</sup>.

Asimismo, en otro de sus pronunciamientos<sup>661</sup> (Sentencia de 9 de julio de 2008, -RJ 2008/6873-) desestima un recurso contencioso interpuesto contra la denegación presunta del recurso de reposición formulado contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias que autorizaba la ocupación de cuarenta hectáreas de terreno en monte de utilidad pública. Como causa alega: *«Efectivamente nada tienen que ver una y otra cuestión, y con toda claridad lo expresa la sentencia en el fundamento quinto, donde se ocupa de la compatibilidad de la ocupación temporal del monte para el fin de utilidad pública de la explotación a cielo abierto solicitada con la conservación del mismo y, además, del sometimiento obligatorio del proyecto a la Evaluación de Impacto Ambiental de la que dice que, también, se sometió a información pública. Y ambos mandatos fueron cumplidos».*

---

<sup>660</sup> En concreto, afirma el Tribunal Supremo: *«Que en cuanto al segundo de los argumentos de oposición, es decir, el de la pérdida de la riqueza cinagética de la zona afectada, si bien no puede negarse que se produciría un desplazamiento de las especies de la zona concreta donde se desarrollasen los trabajos de investigación, no puede sostenerse con fundamento, y nada se ha probado en tal sentido, que tal desaparición pase a ser definitiva».*

<sup>661</sup> Igualmente puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2003, -RJ 2003/5730-.

***E) Dominio público forestal***

El art. 15 de la Ley de Montes se refiere al régimen de usos del dominio público forestal, distinguiendo entre los usos públicos, respetuosos con el medio natural, sin ánimo de lucro, de acuerdo con la normativa vigente, y compatibles con los aprovechamientos, autorizaciones o concesiones legalmente establecidas; y los usos sometidos a autorización (cuando concurre una peculiar intensidad, peligrosidad o rentabilidad) o a concesión (cuando implican una utilización privativa). Los criterios en que debe basarse tanto concesión como la autorización están directamente vinculados a la protección del medioambiente. La duración de las mismas estará limitada de acuerdo a sus características, sin dar lugar a renovación automática ni a ventajas a favor del anterior titular o personas especialmente vinculadas a él.

***F) Usos de las vías pecuarias***

Los arts. 14 y 15 de la Ley de Vías pecuarias contienen las posibilidades existentes de ocupación y aprovechamiento de frutos y productos no utilizados por el ganado en el normal tránsito ganadero. En ambos casos, la duración de las mismas no puede ser superior a diez años, sin perjuicio de su ulterior renovación, y deben ser sometidas a información pública.

A continuación, los arts. 16 y 17 de la Ley diferencian, respectivamente, entre los usos compatibles y los usos complementarios que cabe realizar de las vías pecuarias. Se consideran usos compatibles los tradicionales que, siendo de carácter agrícola y no teniendo la naturaleza jurídica de la ocupación, pueden ejercitarse en armonía con el tránsito ganadero. Por su parte, son usos complementarios el paseo, la práctica del senderismo, la cabalgata, y otras formas de desplazamiento deportivo sobre vehículos no motorizados siempre que respeten la prioridad del tránsito ganadero. Para el ejercicio de estas actividades pueden establecerse instalaciones desmontables. Para ello, es preciso informe del Ayuntamiento y autorización de la Comunidad Autónoma.

***G) Dominio público radioeléctrico***

El art. 45 de la Ley General de Telecomunicaciones se refiere a los títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico, indicando que el derecho de uso debe ser otorgado por la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones, a través de la afectación demanial o de la concesión o autorización administrativa. El uso común del



dominio público radioeléctrico es libre.

Es necesaria autorización administrativa cuando se trate de una reserva del derecho de uso especial no privativo del dominio público<sup>662</sup> y cuando se otorgue el derecho de uso privativo para autoprestación por el solicitante, salvo en el caso de Administraciones públicas que requieren afectación demanial. Siendo requerida la concesión administrativa para los restantes supuestos.

#### ***H) Usos de las carreteras***

El art. 29 de la Ley de Carreteras permite al Ministerio de Fomento imponer cuando las condiciones, situaciones, exigencias técnicas o seguridad vial de las carreteras estatales lo requieran, limitaciones temporales o permanentes a la circulación en ciertos tramos o partes de las carreteras. Igualmente, prevé que le compete al Ministerio de Fomento fijar las condiciones de las autorizaciones excepcionales que en su caso puedan otorgarse por el órgano competente y señalar las correspondientes ordenaciones resultantes de la circulación.

#### **2.1.6. Cesiones gratuitas: renuncia a la valorización**

En este contexto de la valorización, debe abordarse también la cesión gratuita de bienes, figura jurídica, que permite a las Administraciones públicas ceder sus bienes para el cumplimiento de fines de interés general.

Esa transferencia del uso o de la propiedad de ciertos bienes entre Administraciones públicas implica una renuncia a la valorización, que no está justificada si no es entre Entes públicos y por razones de interés general.

En nuestro ordenamiento jurídico, es el art. 145 de la LPAP, que encabeza la Sección quinta, titulada «enajenación y gravamen», el que señala que los bienes y derechos patrimoniales de la Administración General del Estado pueden ser cedidos gratuitamente, para la realización de fines de utilidad pública o interés social de su competencia, a las Comunidades Autónomas, Entes locales, fundaciones públicas o asociaciones declaradas de utilidad pública. Igualmente, a Estados extranjeros y organizaciones internacionales en el marco de operaciones de mantenimiento de la paz, cooperación policial o ayuda humanitaria y para la realización de fines propios de estas

---

<sup>662</sup> El apartado segundo del art. 45 precisa que tiene esta consideración el uso del espectro radioeléctrico por radioaficionados y otros sin contenido económico, como los de banda ciudadana, estableciéndose mediante reglamento el plazo de su duración y las condiciones asociadas exigibles.

actuaciones. No obstante, debe tenerse en cuenta que al no ser los artículos de dicha sección de aplicación plena ni tener la consideración de básicos, de conformidad con lo señalado por la Disposición Final segunda, regularán sólo la cesión de bienes patrimoniales estatales y, en su caso, serán de aplicación supletoria en los niveles autonómico y local, sólo cuando «una vez el aplicador del Derecho, utilizando los medios usuales de interpretación, haya identificado una laguna y deba colmarla acudiendo a las normas pertinentes dictadas por el Estado en el ejercicio de las competencias que la Constitución le atribuye: en eso consiste la supletoriedad del Derecho estatal, que por su misma naturaleza, no comporta atribución competencial alguna»<sup>663</sup>.

Ha de señalarse que la Administración, antes de tomar una decisión sobre ceder o no un bien o derecho, y cómo y en qué condiciones, debe conocer y ponderar los hechos relevantes al caso y los intereses y derechos que pueden verse afectados<sup>664</sup>.

Objeto de cesión en uso o propiedad pueden serlo bienes y derechos patrimoniales, siempre que concurren una serie de circunstancias, y que la causa de la cesión sea el servicio a una serie de fines relacionados con el interés general<sup>665</sup>. Así, la LPAP consagra un concepto amplio de la cesión gratuita del patrimonio privado de la Administración, al admitir no sólo la cesión de uso, sino también de la titularidad, esto es, la enajenación o transmisión de la propiedad. Además, para que la cesión pueda producirse, debe concurrir la circunstancia de que la afectación o explotación no se juzgue previsible.

Sin embargo, no cabe emplear una u otra indistintamente y bajo cualquier circunstancia, sino que en función de los cesionarios, se impondrán unas determinadas condiciones y restricciones. Cuando la cesión tenga por objeto la propiedad del bien o

---

<sup>663</sup> Así lo señala el Tribunal Constitucional, en su Sentencia núm. 118/1996, de 27 de junio, entre otras, interpretando el art. 149.3 de la Constitución.

<sup>664</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Derecho Administrativo Patrimonial: comentario a la Ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones Públicas, Tomo II...*, op. cit., p. 895.

<sup>665</sup> No caben donaciones en las cesiones, es decir, no existe margen para las liberalidades públicas, puesto que las Administraciones públicas al gestionar el patrimonio de la colectividad no pueden hacer otra cosa que servir al interés general, de conformidad con el deber de buena administración. PONCE SOLÉ, J., «Cesión y permuta de bienes y derechos», CHINCHILLA MARÍN, C., *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio...*, op. cit., pp. 697 y ss., explica que el art. 148 de la LPAP no sólo contiene la necesidad del mantenimiento del elemento causal de la cesión durante toda la duración de la misma, sino que instrumenta concretos mecanismos de control administrativo para garantizar que el servicio al interés general de la cesión realizada se mantiene en todo momento.

derecho, sólo pueden ser cesionarios las Comunidades Autónomas, Entidades locales o fundaciones públicas, pero no personas públicas del ordenamiento internacional ni entidades privadas sin ánimo de lucro<sup>666</sup>. Asimismo, el cesionario determina una modificación en la competencia para decidir la cesión, puesto que, señala el art. 146.2 de la LPAP, cuando se trate de cesiones a fundaciones públicas y a asociaciones declaradas de utilidad pública, la competencia para acordarla corresponde al Consejo de Ministros; mientras que cuando estamos ante organismos públicos vinculados a la Administración General del Estado, se exige previa autorización del citado órgano, tal y como dispone el art. 147.2 de la LPAP.

La Ley estatal, y, siguiéndola, las leyes canaria, cántabra y castellano-leonesa, advierten al regular las enajenaciones, que la enajenación a título gratuito sólo será admisible en los casos en que se acuerde la cesión de conformidad con las normas que regulan este supuesto específico. Desde el punto de vista terminológico, pues, la Ley estatal y las autonómicas hacen equivaler enajenación a título gratuito y cesión gratuita de propiedad, a diferenciar de la cesión gratuita de uso.

Ha de analizarse, por ello, la regulación estatal y las autonómicas, a los efectos de extraer posibles directrices reguladoras de la cuestión.

#### **A) Sistemática**

Hay varias posibilidades de sistemática: la Ley estatal, o la cántabra regulan unitariamente las cesiones sea de propiedad o de uso y cualquiera que sea el tipo de bienes o derechos sobre las que recaigan, introduciendo las posibles especialidades en el articulado al hilo de dicha regulación general. Por el contrario, las leyes castellano-leonesa, riojana o vasca distinguen cada uno de los posibles supuestos, dedicándoles un artículo propio en que figuran sus especialidades en cuanto a los posibles cesionarios, competencia y régimen jurídico sustantivo, a lo que le siguen preceptos comunes. Esto es, la propiedad de bienes inmuebles; el uso de bienes inmuebles; los derechos de superficie y otros derechos reales sobre bienes inmuebles; el uso o la propiedad de bienes muebles y de derechos incorporales. La riojana ha regulado, además, las cesiones en precario de bienes inmuebles y derechos reales. La Ley canaria ha regulado la cesión

---

<sup>666</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Derecho administrativo patrimonial: comentario a la Ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones Públicas, Tomo II...*, op. cit., p. 897, indica que «La pérdida del patrimonio no mobiliario de la Administración General del Estado, efectuada mediante un negocio jurídico a título gratuito, sólo se justifica; y admite por la LPAP; cuando el adquirente es una persona de Derecho público».

de propiedad dentro del capítulo dedicado a las enajenaciones, calificándolas de enajenaciones gratuitas.

***B) Concepto, finalidad de la cesión y posibles cesionarios***

La Ley estatal utiliza el concepto de «cesiones gratuitas» de la propiedad del bien o derecho o sólo su uso, respecto de aquellos bienes y derechos cuya afectación o explotación no se juzgue previsible.

La Ley estatal y las autonómicas limitan la identidad de los cesionarios y la finalidad que legitima a la cesión<sup>667</sup>.

---

<sup>667</sup> Se observa una destacable disparidad en el reparto competencial entre las diversas leyes estatal y autonómicas.

-La Ley estatal dispone que la cesión de bienes se acuerda por el Ministro de Hacienda, a propuesta de la Dirección General del Patrimonio del Estado y previo informe de la Abogacía del Estado. No obstante, cuando la cesión se efectúe a favor de fundaciones públicas y asociaciones declaradas de utilidad pública la competencia para acordarla corresponderá al Consejo de Ministros. Los organismos públicos estatales sólo pueden ceder gratuitamente la propiedad o el uso de bienes o derechos de su titularidad cuando tuviesen atribuidas facultades para su enajenación y no se hubiese estimado procedente su incorporación al patrimonio de la Administración. En estos casos, serán competentes para acordar la cesión de los bienes los órganos que lo fueran para su enajenación, previo informe favorable de la Dirección General del Patrimonio del Estado y, en el caso antes mencionado, previa autorización del Consejo de Ministros.

-La Ley cántabra dispone que la cesión de bienes se acuerde por el Consejo de Gobierno, a propuesta del Consejero de Economía y Hacienda, y previos los informes del Servicio de Administración General de Patrimonio y de la Intervención General, y remite la necesaria autorización previa del Consejo de Gobierno al caso de cesión gratuita de bienes inmuebles. Al igual que en la Ley estatal, los organismos públicos sólo podrán ceder gratuitamente la propiedad o el uso de bienes o derechos de su titularidad cuando tuviesen atribuidas facultades para su enajenación y no se hubiese estimado procedente su incorporación al patrimonio de la Administración General de la Comunidad Autónoma. Para la cesión gratuita de bienes inmuebles precisarán, en todo caso, la previa autorización del Consejo de Gobierno.

-La Ley canaria dispone que las cesiones de propiedad siguen el régimen general de las enajenaciones, con las especialidades específicas que se prevén. Por tanto, la competencia corresponde al Consejero de Hacienda, cuando el valor del inmueble o derecho real a enajenar no supere, según tasación pericial, los 300.000 euros; si superase dicho valor, la enajenación deberá ser previamente autorizada por el Gobierno, a propuesta de dicho consejero. No obstante, en el supuesto de que la enajenación venga derivada de convenios urbanísticos u otros actos, en que por Ley se atribuyan competencias de enajenación al órgano competente por razón de la materia, la enajenación será acordada por dicho órgano, previo informe de la consejería competente en materia de hacienda. En el caso de organismos públicos que tengan atribuidas competencias de enajenación de bienes inmuebles o derechos reales, tales competencias, y las derivadas de su formalización, serán ejercidas por el órgano que se establezca en la norma que atribuya dichas competencias, debiendo remitir a la Dirección general competente en materia de patrimonio la documentación correspondiente para su constancia en el inventario. Igual competencia ejercerán sobre los bienes adquiridos con el propósito de devolverlos al tráfico jurídico en ejercicio específico de las funciones que tengan atribuidas por sus normas específicas, así como los adquiridos para garantizar las reservas que tengan que constituir en cumplimiento de dichas normas. En estos supuestos, las Entidades Públicas Empresariales llevarán a cabo la enajenación por sus propias normas y por las normas de

---

Derecho privado que les sean de aplicación. Estas cesiones de propiedad de inmuebles deben ser previamente autorizadas por el Pleno del Parlamento, salvo en casos tasados: cuando una norma con rango de Ley exceptúe de esta obligación; cuando se trate de cesiones obligatorias a las corporaciones locales, derivadas de la aprobación de instrumentos o convenios urbanísticos previstos en la legislación urbanística sólo requieren acuerdo del consejero competente en materia de hacienda, cualquiera que sea su valor de tasación; y en el caso de cesiones de suelo o edificaciones a las corporaciones locales canarias para la construcción o puesta en funcionamiento de centros asistenciales o sociosanitarios, requiriéndose en este caso acuerdo del Gobierno para su materialización.

En cuanto a la cesión gratuita de propiedad de bienes muebles, la competencia pertenece a la Consejería de Hacienda, a propuesta del titular de la Consejería u organismo público que los tengan adscritos. Si el valor unitario de los bienes a enajenar superase 6.000 euros, sin exceder de 30.000 euros, la enajenación requerirá la previa autorización del Gobierno. Si superarse esta última cifra, se requiere autorización del Parlamento.

La cesión de uso de bienes inmuebles o muebles a otras Administraciones Públicas españolas, o entidades públicas dependientes de las mismas se acuerda por el Consejero de Hacienda, previo informe de la Dirección General de Patrimonio. Cuando la cesión se efectúe a favor de Estados extranjeros y organizaciones internacionales, fundaciones públicas y asociaciones declaradas de utilidad pública, la competencia para acordarla corresponderá al Gobierno.

-La Ley castellano-leonesa atribuye la competencia de cesión de la propiedad de inmuebles, de derechos reales o del uso de éstos al titular de la Consejería de Hacienda, a propuesta del órgano directivo competente en materia de patrimonio. Cuando el valor del bien, según tasación, exceda de veinte millones de euros, la cesión deberá ser autorizada por la Junta de Castilla y León, a propuesta del titular de la consejería competente en materia de hacienda. La competencia para la cesión de bienes muebles y los derechos incorporales corresponde al titular de la Consejería que viniera utilizándolos. Las Entidades institucionales sólo pueden ceder gratuitamente la propiedad o el uso de bienes o derechos de su titularidad cuando tengan atribuidas facultades para su enajenación y no se hubiese estimado procedente su incorporación al patrimonio de la Administración General de la Comunidad. Sólo podrán ser cesionarios las Administraciones públicas y las fundaciones públicas. Son competentes para acordar la cesión de los bienes los órganos que lo fueran para su enajenación previo informe favorable del órgano directivo competente en materia de patrimonio y la resolución se acuerda por el órgano rector competente de la entidad.

-Conforme a la Ley riojana, el acuerdo de cesión de la propiedad de bienes inmuebles corresponde al Consejo de Gobierno a propuesta de la Consejería competente en materia de Hacienda, y debe ser comunicado al Parlamento. El mismo esquema competencial rige para las cesiones de derechos de superficie y otros derechos reales sobre bienes inmuebles, sin que se prevea en este caso la citada comunicación. Las cesiones de bienes muebles, sean de propiedad o de uso, y las de derechos incorporales son acordadas por la Consejería de Hacienda.

En resumen, como se destila del análisis comparado efectuado, hay diversos criterios posibles de reparto competencial. En todo caso, el protagonismo le corresponde a la Consejería de Hacienda y a la Dirección General de Patrimonio.

a) En el caso de la cesión gratuita de la propiedad de inmuebles, las diversas Leyes han previsto la intervención en algunos casos, bien del Parlamento (que en el caso de Canarias, autoriza las cesiones de inmuebles, salvo en casos tasados; o, en el de la Rioja, es informado de las cesiones), bien del Consejo de Gobierno (que en la Ley estatal es el competente para acordar las cesiones a fundaciones o asociaciones; en el caso de Cantabria o La Rioja, es el competente para acordarlas, a propuesta del Consejero de Hacienda; en el de Canarias, las que superan los 300.000 euros; en el de Castilla-León, la de inmuebles tasados por encima de los 20 millones de euros). El anteproyecto podría acoger cualquiera de estos modelos, pareciendo en todo caso y al menos razonable que el Consejo de Gobierno sea el competente para acordar las de mayor cuantía.

b) En los demás supuestos, parece que la competencia para acordarla podría corresponder la Consejería de Hacienda, que puede considerarse además la regla mayoritaria en la legislación analizada y evita la

En el caso de la Ley estatal, cuando las cesiones tienen por objeto la propiedad del bien o derecho sólo podrán ser cesionarios las Comunidades Autónomas, Entidades locales o fundaciones públicas para un fin de utilidad pública o interés social de su competencia. En el caso de las cesiones de uso, pueden serlo, además, asociaciones declaradas de utilidad pública, para un fin de utilidad pública o interés social de su competencia, así como los Estados extranjeros y organizaciones internacionales, cuando la cesión se efectúe en el marco de operaciones de mantenimiento de la paz, cooperación policial o ayuda humanitaria y para la realización de fines propios de estas actuaciones.

Las Leyes autonómicas han acotado cada una de un modo diferente el círculo de los posibles cesionarios y las causas legitimadoras. Así:

-La Ley canaria circunscribe los posibles cesionarios de la propiedad de bienes y derechos a corporaciones locales, fundaciones públicas o asociaciones declaradas de utilidad pública, mientras que el uso puede cederse a otras Administraciones Públicas españolas, o entidades públicas dependientes de las mismas.

-La Ley cántabra refiere los posibles cesionarios de propiedad a Comunidades Autónomas, entidades locales, y a entidades del sector público regional (no sólo, por tanto, fundaciones públicas), los amplía, en el caso de cesión de uso, a asociaciones declaradas de utilidad pública y a los Estados extranjeros y organizaciones internacionales cuando se efectúe en el marco de tratados internacionales o convenios firmados por España, con una duración de diez años prorrogables, previa petición del cesionario con anterioridad al vencimiento de cada plazo, salvo que en el acuerdo de la cesión se establezca otro plazo inferior.

-La Ley castellano-leonesa distingue pormenorizadamente en función del objeto de la cesión. Si se trata de la propiedad de bienes inmuebles, sólo pueden ser cesionarios otras Administraciones y fundaciones públicas. Si se trata de cesiones de uso de bienes inmuebles, a entidades públicas o privadas, por un plazo máximo de veinte años. Los derechos y obligaciones del cesionario se rigen por las disposiciones del C.c. relativas al uso y, supletoriamente, al usufructo. En el caso de derechos de superficie y otros derechos reales sobre bienes inmuebles, otras Administraciones públicas, sociedades mercantiles de capital íntegramente público y entidades sin ánimo de lucro, con el

---

dispersión y la diversidad de criterios que se derivaría de la atribución de esta competencia al titular de cada Consejería que tuviera adscrito el bien o derecho.

régimen de la cesión de propiedad de bienes inmuebles. Finalmente, si se trata de cesión de la propiedad o uso de bienes muebles y de derechos incorporales, a otras Administraciones públicas y entidades sin ánimo de lucro.

-La Ley riojana permite la cesión de la propiedad de bienes inmuebles a otras Administraciones Públicas o a entes instrumentales del sector público de la Comunidad Autónoma; la de uso de bienes inmuebles, por un plazo máximo de treinta años para fines de utilidad pública o interés social, sin limitar los posibles cesionarios; dicha finalidad se presume *iuris et de iure* en las cesiones a otras Administraciones Públicas y de corporaciones, fundaciones, asociaciones sin ánimo lucro, y entes instrumentales que pertenezcan al sector público de la Comunidad Autónoma. En el caso de derechos de superficie y otros derechos reales sobre bienes inmuebles; en precario de bienes inmuebles y derechos reales inmobiliarios patrimoniales; de propiedad o uso de bienes muebles, y de propiedad o uso de los derechos incorporales, a favor de otras Administraciones públicas, de entes instrumentales integrantes del sector público de la Comunidad Autónoma de La Rioja y de corporaciones, fundaciones, asociaciones sin ánimo de lucro declaradas de utilidad pública, para fines de utilidad pública o interés social.

En conclusión, hay muy diversos modelos en cuanto a los posibles cesionarios. Como directrices generales, puede indicarse lo siguiente:

Se dan mayores restricciones respecto a las cesiones de propiedad que respecto a las de uso:

a) Las cesiones de propiedad se admiten, mayoritariamente, cuando tienen por beneficiarias a otras Administraciones públicas (en esto, no se entiende justificado excluir de los posibles cesionarios a ninguna de ellas, sea la estatal o la de otras Comunidades Autónomas); y Entidades del sector público autonómico o bien, exclusivamente, fundaciones públicas. Cuando se trata de la propiedad de bienes muebles, hay una tendencia mayoritaria a admitir también la cesión de propiedad a asociaciones privadas sin ánimo de lucro.

b) Las cesiones de uso admiten como beneficiarios a todos los sujetos antes mencionados y, en su caso, a Estados extranjeros y organizaciones internacionales, y la mayoría de las leyes autonómicas limitan su duración máxima, por plazos que van de los diez a los treinta años.

***C) Efecto principal de la cesión: vinculación a la finalidad e infracción de la misma***

La legislación estatal pone especial énfasis en vincular la cesión gratuita al fin de utilidad pública o interés social que la motiva. Por ello, dedica un precepto en particular a extraer las consecuencias de dicha vinculación a la finalidad, y, en su caso, a las condiciones que se establezcan en el acuerdo de cesión. En el Estado, corresponde a la Dirección General del Patrimonio el control de dicha vinculación, a través de los medios que juzgue pertinentes, entre los cuales, se establece *ex lege* la obligación de los cesionarios de remitir cada tres años a dicha Dirección General la documentación que acredite el destino de los bienes, si bien, atendidas las circunstancias concurrentes en cada caso, puede exonerar de esta obligación a determinados cesionarios de bienes, o señalar plazos más amplios para la remisión de la documentación. En el caso de los bienes muebles, el acuerdo de cesión determina el régimen de control. No obstante, si los muebles cedidos hubiesen sido destinados al fin previsto durante un plazo de cuatro años se entenderá cumplido el modo y la cesión pasará a tener el carácter de pura y simple, salvo que otra cosa se hubiese establecido en el pertinente Acuerdo. Iguales controles deben efectuar los organismos públicos respecto de los bienes y derechos que hubiesen cedido.

Las legislaciones canaria, cántabra y riojana reproducen el modelo estatal. La castellano-leonesa añade que, si en el acuerdo de cesión no se estipula otra cosa, se entenderá que la implantación del uso o servicio que corresponda a los fines de la cesión deberá realizarse en el plazo de tres años y el destino deberá mantenerse durante todo el tiempo de la cesión. El cómputo de los plazos se inicia desde la aceptación del cesionario, que deberá efectuarse en el plazo que al efecto se establezca. Añade también que la Consejería que hubiera propuesto la cesión deberá colaborar en la comprobación del cumplimiento de dicho fin, como forma de responsabilización. La vasca amplía de cuatro a cinco años, salvo previsión expresa en contrario, el plazo para entender cumplido el modo, en el caso de bienes muebles, y la consideración, por tanto, de la transmisión como pura y simple.

La ley estatal y todas las leyes autonómicas tipifican, en el título dedicado a infracciones y sanciones, como infracción grave la utilización de bienes cedidos gratuitamente conforme a las normas de esta Ley para fines distintos de los previstos en el acuerdo de cesión.



El destino de los bienes cedidos gratuitamente para fines distintos de los previstos en el acuerdo de cesión debe ser tipificado como infracción. Como hemos apuntado, la calificación unánime en la legislación comparada es, siguiendo el modelo estatal, la de infracción grave.

***D) Otros efectos de la cesión: exclusión del derecho de adquisición preferente y subrogación en los contratos de seguro y en la responsabilidad civil***

La Ley estatal excluye el surgimiento del derecho de adquisición preferente en los casos de cesión gratuita. En este supuesto, quienes hayan recibido los bienes sobre los que recaigan los derechos establecidos en favor de beneficiarios de concesiones o autorizaciones podrán liberarlos, a su costa, en los mismos términos que la Administración General del Estado. Si se produjera la reversión de los bienes o derechos cedidos, los cesionarios no tendrán derecho alguno por razón de las indemnizaciones satisfechas con motivo de aquella liberación.

Las Leyes canaria, cántabra, riojana o vasca siguen el mismo modelo (la riojana, limitándose a establecer la exclusión), trocando tan sólo la referencia a la Administración General del Estado por la de la Comunidad Autónoma. La ley castellano-leonesa, por el contrario, no hace esta exclusión, si bien resulta un tanto ambigua, en la medida en que dispone: «*El derecho de adquisición preferente regulado en el artículo 103 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, podrá ser ejercitado [...]*», lo que podría interpretarse como comprensivo de una exclusión tal.

Tanto la Ley estatal como la canaria y la cántabra disponen que la afectación, adscripción o cesión del uso de un inmueble del Patrimonio del Estado implicará, en relación con los contratos de seguro que en su caso se hubiesen suscrito sobre el bien, la aplicación de lo dispuesto en los arts. 34 y 35 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro y conllevará la asunción por aquéllos a cuyo favor se efectúen las referidas operaciones de la responsabilidad civil que pudiera derivarse de la titularidad del inmueble.

***E) Causas de resolución y órgano competente para acordarla***

La Ley estatal establece como causas de resolución las siguientes:

- a) La falta de destino del bien al fin o uso previsto en el plazo señalado en el acuerdo de cesión. Ya vimos que alguna Ley autonómica

ha fijado en algunos casos el plazo máximo para ello.

- b) La posterior cesación en dicho destino.
- c) El incumplimiento de las cargas o condiciones impuestas
- d) El vencimiento del plazo. Ya notamos que algunas leyes autonómicas han fijado plazos máximos legales.

Las Leyes canaria, cántabra y castellano-leonesa acogen los mismos supuestos, pero la última de ellas añade otro: cuando se precise la utilización del bien o derecho por la Administración o para prestar un servicio público cuando existan razones debidamente justificadas y así figure en el acuerdo de cesión. Además, la Ley riojana precisa que para recuperar el bien, basta un acta notarial que constate la falta de destino a la finalidad que motivó la cesión, que se notificará al interesado con requerimiento de entrega del bien.

El efecto de la resolución es la reversión de los bienes a la Administración cedente. Serán de cuenta del cesionario el detrimento o deterioro sufrido por los bienes cedidos, sin que sean indemnizables los gastos en que haya incurrido para cumplir las cargas o condiciones impuestas. En la resolución que acuerde la resolución de la cesión se determinará lo que proceda acerca de la reversión de los bienes y derechos y la indemnización por los deterioros que hayan sufrido.

La competencia para acordar la resolución de la cesión pertenece en el ámbito estatal al Ministro de Hacienda, respecto de los bienes y derechos de la Administración General del Estado, y a los presidentes o directores de los organismos públicos, cuando se trate de bienes o derechos del patrimonio de éstos.

Las Leyes canaria, cántabra y castellano-leonesa retoman esta regulación, si bien con diferencias en cuanto al órgano competente para acordarla, que en el caso canario es el Consejero de Hacienda, mientras que en el cántabro es el Consejo de Gobierno, a propuesta de éste, y en el castellano-leonés, el órgano que hubiera acordado la cesión.

Los efectos de la reversión, como se ha visto, son comunes a todas las Leyes y deberían contemplarse.

La competencia para acordar la resolución debería de resolverse en coherencia

con el reparto competencial que se lleva a cabo en la ley, en general, y en materia de acuerdo de cesiones, en particular. El papel exclusivo o central debiera recaer en el Consejero de Hacienda, y en los presidentes o directores de los organismos públicos, cuando se trate de bienes o derechos del patrimonio de éstos.

En cuanto al procedimiento, como se ha visto, la Ley riojana establece que para recuperar el bien, basta un acta notarial que constate la falta de destino a la finalidad que motivó la cesión, que se notificará al interesado con requerimiento de entrega del bien. Sin embargo, nos parece que, al margen de que un acta notarial pudiera establecerse como prueba de la desafectación a la finalidad que motivó la cesión, sería conveniente incorporar un trámite de previa audiencia del cesionario, que pueda en su caso proponer asimismo actividad probatoria en contrario.

***F) Posibilidad de enajenación/destrucción de bienes muebles inservibles u obsoletos***

En este contexto, debe advertirse que es necesario un mecanismo que permita la enajenación, cesión gratuita de la propiedad, o, en su caso la destrucción de bienes muebles inservibles u obsoletos.

La regulación estatal, que parece asumible, puede exponerse del siguiente modo:

Se consideran bienes deteriorados u obsoletos los que el Ministerio u organismo competente considere de forma razonada como tales, a lo que se añade un criterio objetivo, según el cual se considerarán como tales aquellos bienes cuyo valor en el momento de su tasación para venta sea inferior al 25 por 100 del de adquisición.

Este género de bienes puede tener tres destinos: su enajenación (a título oneroso), la cesión gratuita de su propiedad, o la destrucción, siendo cada opción subsidiaria de la anterior.

a) La *enajenación* de este tipo de bienes puede llevarse a cabo, por excepción al principio de subasta, de forma directa, siendo competente para ello el titular del departamento o al presidente o director del organismo público que los tuviese afectados o adscritos o los hubiera venido utilizando, e implicando el acuerdo de enajenación la desafectación de los bienes y su baja en inventario, conforme establece el art. 142.

b) Cuando no hubiera sido posible venderlos o entregarlos como parte del precio de otra adquisición, o cuando se considere de forma razonada que no

alcanzan el 25 por 100 del valor que tuvieron en el momento de su adquisición, la Ley permite su *cesión gratuita* -parece que debe entenderse que es una cesión de la propiedad-, siendo competente para ello igualmente el departamento u organismo respectivo, e implicando el acuerdo de cesión, asimismo, la desafectación de los bienes. En este caso, la Ley limita el elenco de los posibles cesionarios a otras Administraciones públicas o a organismos o instituciones públicas o privadas sin ánimo de lucro, esto es, excluye la cesión a sujetos privados con ánimo de lucro, y precisa que estas cesiones no están sometidas a las limitaciones generales previstas para los demás casos de cesiones gratuitas.

c) Finalmente, si no fuese posible o no procediese su venta o cesión, podrá acordarse la destrucción, inutilización o abandono de este tipo de bienes.

Por su parte, y en lo que hace a la legislación autonómica, las Leyes cántabras y castellano-leonesa reproducen el modelo estatal.

La Ley canaria atribuye al titular de la Consejería u organismo público al que estuvieren adscritos la competencia para la enajenación de bienes muebles de desecho inútiles para el servicio público, pero deja salvo la posibilidad de que el Gobierno acuerde centralizar la enajenación de bienes muebles de determinada naturaleza o cuantía en la Consejería competente en materia de Hacienda.

Además, establece un límite a la necesidad de intentar la enajenación con carácter previo a la cesión gratuita: los casos de bienes cuyo valor no exceda del límite establecido para adquirir la condición de inventariable,

La Ley vasca aporta como principales notas.

En primer lugar, prevé que en estos casos, se abrirá de oficio un procedimiento público, por propia iniciativa o a instancia de interesado. La orden de inicio se anunciará en el «Boletín Oficial del País Vasco» al objeto de que los interesados puedan realizar las peticiones que estimen oportunas. El anuncio indicará el sistema de elección de la persona o personas adjudicatarias y, en su caso, los requisitos y condiciones establecidas o los apartados del pliego en que se recogen. El sistema de elección de la persona o personas adjudicatarias podrá ser por sorteo, por reparto, o en atención a unos criterios concretos establecidos y baremados en el pliego. Finalizado el procedimiento público sin adjudicación o con adjudicación incompleta, por falta de interesados que

cumplieran los requisitos, los bienes o la parte sobrante de ellos podrán adjudicarse directamente, en el plazo de un año contado desde la resolución del procedimiento público. En el caso de que no proceda la enajenación ni la cesión gratuita, han de entregarse a gestor autorizado, priorizando el reciclaje u otras formas de valorización, y sólo cuando ello no sea posible se procederá a su eliminación, salvaguardando, en todo caso, la salud de las personas y la protección del medio ambiente.

## **2.2. USOS DEL DOMINIO PÚBLICO EN LAS LEYES DE PATRIMONIO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS**

Al igual que hace el Estado en la LPAP, las Comunidades Autónomas también regulan en sus leyes de patrimonio los distintos tipos de uso que cabe realizar de los bienes demaniales, estableciendo, además, cuáles son las condiciones y características de cada uno, así como los requisitos que deben cumplir los títulos habilitantes a los que están sujetos, en aquellos casos en que sean necesarios. Por ello, es importante resaltar las características principales de las normas autonómicas, teniendo en cuenta no sólo las reiteraciones del régimen típico estatal, que en muchos casos se produce, sino, especialmente, las especificidades que se introducen en cada una de ellas.

Teniendo en cuenta esta regulación autonómica, las Comunidades Autónomas pueden ser agrupadas en distintas clases en función de los distintos tipos de utilización previstos:

1. Comunidades Autónomas que prevén un uso común general, un uso especial y un uso privativo con instalaciones permanentes y no permanentes: Baleares, Cataluña, Extremadura, Galicia, La Rioja, Madrid, Navarra y Valencia.
2. Comunidades Autónomas que prevén un uso común general, un uso especial y un uso privativo: Andalucía, Aragón, Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla y León, Murcia y País Vasco.
3. Comunidades Autónomas que no contienen previsiones sobre las clases de uso del dominio público: Castilla-La Mancha.

Dentro del primer grupo de Comunidades Autónomas, es decir, aquéllas que diferencian entre el uso común general, uso especial y uso privativo con instalaciones permanentes o no permanentes pueden encontrarse las siguientes:

*a) Baleares*

La Ley 6/2001, de 11 de abril, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears es la que norma encargada del patrimonio de esta Comunidad Autónoma. El título II «Del dominio público» en el capítulo II «Del uso, la cesión y la adscripción de los bienes demaniales» se centra en esta cuestión.

El texto establece que el uso común de los bienes demaniales puede ser general y especial, según su intensidad y límites. El uso común general se ejerce libremente, de acuerdo con su naturaleza, y corresponde por igual a todas las personas, sin que la utilización por parte de unas impida la de otras. Este uso que no está sujeto a licencia no tiene más limitaciones que las que se derivan de la naturaleza y función de las cosas. El uso común especial se produce cuando recae sobre bienes escasos o cuando por su intensidad especial, multiplicidad o carácter peligroso exige una intervención de la Administración. Para éste se requiere licencia o autorización.

El uso privativo supone una utilización individualizada del dominio público, que limita e impide su libre uso por parte de otras personas y requiere el otorgamiento previo de un título adecuado. Dicho título varía en función de que el uso privativo implique o no la realización de obras permanentes o de instalaciones fijas. En el supuesto de que así sea debe obtenerse una concesión administrativa. Por el contrario, cuando lo que se realicen no sean obras ni instalaciones fijas ni el estacionamiento de materiales o de instalaciones de carácter accesorio y no permanente debe solicitarse una autorización de ocupación temporal.

El plazo de duración de estos títulos habilitantes no está señalado en la ley para las autorizaciones de ocupación temporal, pero sí para las concesiones, que deben tener una duración limitada, que no puede ser superior a cincuenta años, tal y como indica el art. 28. Además, entre las obligaciones del concesionario enumeradas en el art. 30.4 a) se encuentra el pago del canon establecido.

*b) Cataluña*

El Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Patrimonio de la Generalidad de Cataluña es la norma encargada de regular el patrimonio de la Comunidad Autónoma de Cataluña. En su capítulo V, que lleva por rúbrica «Utilización y aprovechamiento», se enumeran los

distintos tipos de uso que cabe realizar de los bienes demaniales por parte de los particulares.

A pesar de que no se indica ninguna denominación concreta para las clases de utilidades posibles, se puede deducir la existencia de tres usos diferentes. El uso de los bienes de dominio público hecho por personas o entidades determinadas, de forma que no impida el de otros, si concurren circunstancias singulares de peligrosidad, de intensidad, de uso u otros parecidos, debe sujetarse a licencia para garantizar la continuidad del uso común. De esta manera, puede verse que el decreto legislativo prevé un uso común, que a *contrario sensu* tiene lugar cuando la utilización se lleva a cabo por personas o entidades indeterminadas que no impiden la de otros interesados y sin que concurren las circunstancias señaladas, y un uso que se corresponde con el común especial (en la terminología de la LPAP), en el caso de que las personas o entidades que lo realizan sean determinadas y concorra alguna de las circunstancias citadas. Este último está sujeto a licencia administrativa.

Asimismo, se especifican en la norma las modalidades de uso privativo: uso que no implica la realización de obras de carácter permanente y uso que requiere la ejecución de obras de carácter permanente, aunque nuevamente sin hacer mención específica a la designación de esta calificación. Este precepto señala que el uso de los bienes de dominio público llevado a cabo por personas o entidades determinadas que implica la limitación o la exclusión de otras cuando no implique la realización de obras de carácter permanente exige el otorgamiento de un permiso de ocupación temporal. En cambio, cuando el uso excluyente requiere la ejecución de obras de carácter permanente, el mismo ha de ser otorgado mediante una concesión administrativa por el procedimiento de publicidad y concurrencia y por un tiempo limitado.

El tiempo por el que se otorgan los títulos habilitantes no se indica para el caso de los permisos de ocupación temporal, para los cuales lo único que se prevé es que pueden ser revocados libremente en cualquier momento por la Administración y que deben respetar las reglas de publicidad y concurrencia, cuando los solicitantes fuesen más de uno. Sin embargo, sí se regula para las concesiones, sosteniéndose que no pueden exceder de sesenta años, excepto que unas leyes especiales establezcan un plazo diferente, sin perjuicio de que a la Administración de la Generalidad le corresponde la facultad de resolver las concesiones antes de su vencimiento, si lo justifican las circunstancias sobrevenidas de interés público. Seguidamente, se indica que éstas se otorgarán, salvando los derechos de propiedad y sin perjuicio de otro, para una finalidad

concreta y mediante el pago del canon anual que se fije. El canon anual no puede ser inferior al resultado de aplicar al valor del elemento patrimonial de que se trate al tipo de interés legal del dinero.

*c) Extremadura*

La Ley 2/2008, de 16 de junio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Extremadura se refiere en la sección I de su capítulo V, relativo a la utilización y explotación de los bienes, a las formas de uso de los bienes demaniales de esta Comunidad señalando, antes de entrar en la regulación propiamente dicha, dos previsiones. En primer lugar, establece que nadie puede, sin título habilitante, ocupar bienes de dominio público o utilizarlos en forma que exceda el derecho de uso que corresponde a todos. Y a continuación, al igual que la LPAP, afirma que el destino propio de los bienes de dominio público es su utilización para el uso general o para la prestación de servicios públicos de interés general, aún cuando cabe la afectación concurrente si los bienes pueden ser objeto de afectación a más de un uso o servicio, siempre que los diversos fines concurrentes sean compatibles entre sí.

Aclaradas estas cuestiones, la ley indica que los bienes de dominio público de la Comunidad Autónoma de Extremadura pueden ser susceptibles de tres modalidades diferentes de uso: el uso común, general o especial, y el uso privativo, con obras o instalaciones permanentes o no permanentes.

El uso común general responde a las mismas características previstas por la LPAP para esta clase de uso, esto es, la no sujeción a autorización o concesión, y la correspondencia a todos los ciudadanos con carácter gratuito e igualitario. Las únicas limitaciones que deben respetarse son: la posibilidad de ejercicio del mismo derecho por los demás ciudadanos, el respeto a la naturaleza del bien y las que imponga el ordenamiento jurídico por razón de su conservación, adscripción o por motivos de orden público.

Por su parte, el uso común especial es aquél que se realiza por personas o entidades determinadas, sin impedir la utilización por los demás interesados, pero con la concurrencia de circunstancias singulares de peligrosidad, intensidad o multiplicidad de uso, escasez del bien, o cualesquiera otras semejantes. Por ello, con el fin de garantizar la continuidad del uso común general, debe obtenerse una previa autorización, cuyo otorgamiento es competencia de la Consejería, Ente u organismo público



vinculado o dependiente de la Comunidad Autónoma a la que estén afectados o adscritos los bienes correspondientes. Esta autorización demanial requerida es temporal y puede devengar la tasa que corresponda de conformidad con la Ley 18/2001, de 14 de diciembre, y demás normativa sobre Precios Públicos de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Por último, para el uso privativo, que implica la ocupación individualizada de una porción del dominio público limitando o excluyendo la utilización del mismo por otros interesados, ha de distinguirse entre aquél que no supone la realización de obras de carácter permanente ni instalaciones fijas, sino el establecimiento de materiales o instalaciones de carácter accesorio y no permanente, o la adecuación o mantenimiento del inmueble para su uso, en cuyo caso es precisa una autorización demanial de ocupación temporal; y aquél que sí requiere la realización de obras de carácter permanente o instalaciones fijas, que se supedita a la obtención de una concesión demanial otorgada por el titular de la Consejería a la que estén afectados o adscritos los bienes.

El plazo por el que se otorgan estos títulos habilitantes es diverso, ya que la autorización debe tener una duración que no puede exceder, incluidas las prórrogas de 4 años, mientras que la concesión no puede sobrepasar los cincuenta años, salvo que la legislación especial señale un plazo menor. Así, se observa que las previsiones no son exactamente iguales a las de la LPAP, que señala un plazo máximo de duración de 4 años para las autorizaciones y de setenta y cinco años para las concesiones.

El art. 68 recoge las condiciones generales para el otorgamiento de estas autorizaciones y concesiones y señala que las mismas pueden ser gratuitas, otorgarse con contraprestación directa o estar sujetas a la tasa establecida por la legislación especial autonómica. Sin embargo, se matiza que dicha tasa no es exigible cuando la utilización privativa o el aprovechamiento especial de los bienes de dominio público no llevan aparejada una utilidad económica para el concesionario o aun, existiendo dicha utilidad, el aprovechamiento entraña condiciones o contraprestaciones para el beneficiario que la anulen o la hagan irrelevante.

*d) La Rioja*

La Ley 11/2005, de 19 de octubre, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de La Rioja es la norma existente en la materia para la Comunidad Autónoma de La Rioja. El Capítulo III «*Utilización de los bienes demaniales y su explotación*» contiene

en la sección I las formas de uso de los bienes demaniales.

Para comenzar, la ley recuerda el principio general en virtud del cual el destino propio del dominio público es su utilización para el uso general o para la prestación de servicios públicos, sin perjuicio de que los bienes demaniales puedan ser objeto de otras utilidades cuando no resulten contrarias a los intereses generales a los que sirven.

Las clases de usos de los que es susceptible el dominio público en este caso son: uso común general, uso común especial, uso privativo con instalaciones u obras no permanentes y uso privativo con instalaciones u obras permanentes.

El uso común general es el que no está sujeto a autorización ni concesión al corresponder a todos los ciudadanos con carácter gratuito, por igual y de forma indistinta, sin más límites que la posibilidad de ejercicio del mismo derecho por los demás ciudadanos; el respeto a la naturaleza del bien; y los que imponga el ordenamiento jurídico por razón de su conservación, afectación o adscripción, o por motivos de orden público.

El uso común especial se define como aquel uso que, sin impedir el uso común general, requiere autorización previa de la Consejería u organismo público al que estén adscritos los bienes, debido a la concurrencia de circunstancias singulares de peligrosidad, intensidad de uso, escasez del bien u otras semejantes. Dicha autorización devenga la tasa que corresponda de conformidad con la legislación de tasas de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

Finalmente, el uso privativo es el que supone una utilización individualizada de los bienes de dominio público, de modo que limite o excluye su utilización por los demás. El texto distingue, en función de la clase de uso privativo de que se trate, entre los dos títulos habilitantes existentes (concesión o autorización de ocupación temporal).

Las dos posibilidades de uso privativo son concretadas en los siguientes términos: el uso privativo de los bienes de dominio público requiere autorización de ocupación temporal cuando no supone la realización de obras de carácter permanente e instalaciones fijas o consiste en el estacionamiento de materiales o instalaciones de carácter accesorio y no permanente. La duración de estas autorizaciones no puede exceder de diez años, salvo que las leyes especiales señalen otro menor. Su otorgamiento siempre es a título de precario, por lo que son revocables unilateralmente

en todo momento por causa de interés público, sin generar derecho a indemnización. El uso privativo de los bienes de dominio público es autorizado mediante concesión cuando requiere la realización de obras de carácter permanente y fijo, o cuando la ocupación de los bienes es superior a diez años. El plazo de duración de la concesiones no puede exceder de setenta y cinco años, incluidas sus prórrogas, salvo que las leyes especiales señalen otro menor. Las mismas pueden estar sujetas al pago de la correspondiente tasa, en virtud de lo dispuesto por la normativa de la Comunidad Autónoma de La Rioja en materia de Tasas. A diferencia de lo que sucede con la autorización de ocupación temporal, la facultad de rescate de la concesión antes de su vencimiento se considera siempre implícita, si lo justifican circunstancias sobrevenidas de interés público libremente apreciadas por la Administración, pero el concesionario habrá de ser resarcido de los daños que se la hayan producido.

*e) Madrid*

La Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Madrid es la norma encargada de regular el patrimonio de esta Comunidad Autónoma. La sección II «*Utilización de los bienes demaniales y su explotación*» contiene los artículos dedicados a los tipos de uso y comienza con una indicación general, en virtud de la cual el destino propio de los bienes de dominio público es su utilización para el uso general o para la prestación de servicios públicos. No obstante, los bienes demaniales pueden ser objeto de otras utilidades cuando no resulten contrarias a los intereses generales a los que sirven.

El art. 29 regula específicamente las distintas clases de uso de las que es susceptible el dominio público, distinguiendo entre el uso común general, el uso común especial, el uso privativo con obras o instalaciones no permanentes y el uso privativo con obras o instalaciones permanentes.

El uso común general no está sujeto a autorización, correspondiendo a todos los ciudadanos, sin más límites que los siguientes: la posibilidad del ejercicio del mismo derecho por los demás ciudadanos, el respeto a la naturaleza del bien, los que imponga el ordenamiento jurídico por razón de su conservación, adscripción, o por motivos de orden público.

El uso común especial afirma se produce cuando personas o entidades determinadas utilizan y aprovechan bienes de dominio público, de forma que no impida el de otras, si concurren circunstancias singulares de peligrosidad, intensidad de

uso, escasez del bien u otras semejantes. En estos casos es necesaria una autorización previa de la Consejería, organismo autónomo o Ente público a la que estén adscritos los bienes, o los venga utilizando. Dicha autorización devenga la tasa que corresponda de conformidad con la legislación de Tasas de la Comunidad de Madrid.

El uso privativo puede realizarse con instalaciones u obras no permanentes y con instalaciones u obras de carácter permanente. La utilización o aprovechamiento de los bienes de dominio público por personas o entidades que implique la limitación o la exclusión de otras requiere autorización de ocupación temporal, si no supone la realización de obras de carácter permanente o instalaciones fijas. Estas autorizaciones deben concederse por la Consejería a la que estén adscritos o venga utilizando los bienes de que se trate, y pueden ser revocadas por causa de interés público, sin que el interesado tenga derecho a indemnización alguna. En cambio, cuando esta misma utilización requiera la realización de obras de carácter permanente o instalaciones fijas, el titular de la Consejería a la que estén adscritos los bienes debe otorgar una concesión administrativa. El uso privativo devenga la tasa que corresponda de conformidad con la legislación sobre Tasas de la Comunidad de Madrid.

Sobre el plazo de duración que pueden alcanzar estos títulos, se señala que para las autorizaciones, el mismo debe ser inferior a treinta años y para las concesiones, incluidas las prórrogas, a setenta y cinco años, salvo que la legislación especial disponga un plazo distinto.

f) *Navarra*

La Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Patrimonio de Navarra es la norma reguladora de los bienes de esta Comunidad Autónoma.

El Capítulo I «*Disposiciones generales*» del Título IV «*El dominio público*» contiene dos principios generales que deben respetarse. Para comenzar, recuerda que el destino propio de los bienes y derechos afectados al uso público es su utilización para el uso general. A continuación, establece que nadie puede ocupar sin título habilitante bienes y derechos de dominio público o utilizarlos en forma que exceda el derecho de uso que corresponde a todos los ciudadanos.

El Capítulo II «*Utilización de los bienes y derechos de dominio público*» se encarga de los usos de los que son susceptibles los bienes de dominio público de esta

Comunidad: uso común, general o especial, y uso privativo, señalándose más adelante que este último puede realizarse con instalaciones fijas u obras de carácter permanente, y con instalaciones desmontables o bienes muebles u obras de carácter no permanente.

El uso común general es definido como aquél que corresponde por igual a todos los ciudadanos, de modo que el uso por unos no excluye ni impide la utilización por los demás, teniendo carácter gratuito. Este uso no está sujeto a licencia, autorización ni concesión, y sus únicas limitaciones son las que deriven del uso por las demás personas, el respeto a la naturaleza de los bienes y su conservación, así como el obligado sometimiento a las reglas específicas de policía e instrucciones dictadas para promover su ordenada utilización.

El uso común especial es aquél que, sin impedir el uso común general, supone la concurrencia de circunstancias como la intensidad o peligrosidad del mismo, preferencia en casos de escasez, la obtención de una rentabilidad singular u otras semejantes que determinan un exceso de utilización sobre el uso que corresponde a todos o un menoscabo de éste. Este uso debe sujetarse a la previa obtención de una licencia o autorización otorgada por el Departamento u organismo público al que se encuentren adscritos los bienes correspondientes, que puede ser gratuita, otorgarse con contraprestaciones o con condiciones, o estar sujeta a una tasa, de conformidad con lo que prevea la legislación foral reguladora de las tasas y precios públicos de la Administración de la Comunidad Foral y de sus organismos públicos. No obstante, cuando la utilización no implique una utilidad económica para la persona autorizada, o existiendo dicha utilidad sea nula o irrelevante atendiendo a las condiciones o contraprestaciones exigidas al beneficiario, la autorización puede ser gratuita. Por último, el mismo art. 86 señala en su apartado 5 dos precisiones a tener en cuenta: en primer lugar que la duración máxima de estas licencias no puede exceder de diez años, salvo que se establezca otro menor en las normas específicas que sean de aplicación y a continuación que el Departamento u organismo concedente puede en cualquier momento por razones de interés público revocar los títulos, sin generar derecho a indemnización.

El uso privativo es el que supone una utilización individualizada de los bienes de dominio público limitando o excluyendo la utilización por los demás. Cuando éste exija instalaciones fijas de carácter permanente requiere el previo otorgamiento de una concesión administrativa, que puede tener un plazo máximo de duración de setenta y cinco años y que, al igual que las autorizaciones, pueden ser otorgadas gratuitamente

(cuando la utilización no lleve aparejada una utilidad económica o la misma sea nula o irrelevante), con contraprestaciones o condiciones, o estar sujetas a un canon. Por el contrario, cuando la ocupación se lleva a cabo con instalaciones desmontables o bienes muebles, o precisa de obras de carácter no permanente requiere el otorgamiento de una autorización de ocupación temporal, a la que se le aplican las reglas previstas para el uso común especial.

g) *Valencia*

La Ley 14/2003, de 10 de abril, de Patrimonio de la Generalitat Valencia contiene en el capítulo I «*Utilización de los bienes de dominio público*» del título V «*Utilización y aprovechamiento de los bienes y derechos*» las previsiones referidas a la utilización de los bienes demaniales de esta Comunidad Autónoma.

Para comenzar, indica la norma que el destino propio de los bienes y derechos de dominio público es su utilización para el uso general o para la prestación de un servicio público. Sin perjuicio de ello, los bienes demaniales pueden ser objeto de otros usos compatibles con su afectación.

Los distintos usos de los que son susceptibles los bienes de dominio público de la Generalitat pueden clasificarse en las siguientes modalidades: uso común especial, general o especial y uso privativo, señalándose que este último varía en función de que se realice con obras o instalaciones de carácter no permanente o permanente.

El uso común general de los bienes de dominio público es el que corresponde por igual a todos los ciudadanos, sin que la utilización por parte de unos excluya la de otros, teniendo un carácter gratuito. Este uso que no está sujeto a licencia, autorización ni concesión tiene como únicas limitaciones las que derivan del uso por las demás personas, el respeto a la naturaleza de los bienes y su conservación, así como el obligado sometimiento a las específicas reglas de policía e instrucciones dictadas para promover su ordenada utilización.

El uso común especial se produce cuando el uso común recae sobre bienes escasos o tiene una particular intensidad, multiplicidad o peligrosidad. Por ello, se exige una más intensa intervención de la Administración manifestada en la concesión de una licencia o autorización, que devenga la tasa que corresponda de conformidad con la legislación de tasas de la Generalitat.

Finalmente, el uso privativo es el que supone una utilización individualizada de los bienes de dominio público, de modo que limita o excluye su utilización por los demás. Este uso exige una previa concesión administrativa (cuando requiera la realización de obras de carácter permanente y fijo) o una autorización de ocupación temporal (cuando no suponga la realización de obras de carácter permanente o instalaciones fijas o consista en estacionamiento de materiales o instalaciones de carácter accesorio y no permanente), que devengan la tasa que corresponda. La duración de éstas no puede exceder de diez años, salvo que las leyes especiales señalen otro menor, mientras que la de aquéllas no puede exceder de setenta y cinco años.

El segundo grupo de Comunidades Autónomas, que sólo distinguen entre un uso común general, un uso especial y un uso privativo está formado por las Comunidades Autónomas que se enumeran a continuación:

*h) Andalucía*

La Ley 4/1986, de 5 de mayo, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía contiene las distintas clases de uso de los bienes de dominio público en el Capítulo II «*Uso y aprovechamiento de los bienes de dominio público*» del Título II «*Bienes de dominio público de la Comunidad Autónoma de Andalucía*».

El uso de los bienes demaniales puede ser común o privativo y aquél, a su vez, especial o general.

El uso común es aquél que corresponde por igual a todas las personas, sin que la utilización por parte de unas impida la de otras. Se considera que existe uso común general cuando no concurren circunstancias especiales. En estos casos no se exige licencia de uso, sin perjuicio del sometimiento a las reglas de policía e instrucciones dictadas para posibilitar un ordenado uso común. En cambio, cuando sí concurren circunstancias especiales, por intensidad, multiplicidad de uso, escasez, peligrosidad u otros motivos suficientes, cabe exigir una especial autorización de uso, imponer una tasa, limitar o incluso prohibir la utilización, si las circunstancias así lo requieren, calificándose en tales casos el uso común como especial.

El uso privativo es el que origina una ocupación de bien intensa y tendente a permanecer, de forma que se impide su libre uso a otras personas. El uso es privativo tanto si el usuario se aprovecha de frutos como si utiliza el bien de dominio público sólo como soporte de alguna construcción, tanto si el bien es devuelto a la Administración en

similares condiciones a las que tenía antes de la ocupación como si se han modificado sus caracteres esenciales. Todo uso privativo exige previa concesión administrativa, salvo que la adscripción para este uso se haga a un organismo autónomo o dependiente de la Comunidad Autónoma.

En cuanto a las concesiones administrativas, han de distinguirse tres tipos diferentes: concesión de dominio público, título de utilización privativo, con obligación por parte de los concesionarios de devolver el bien en su momento y en condiciones de uso similares a las que tenía con anterioridad a la concesión; concesión de servicio público, cuando se encomiende al concesionario la prestación de un servicio del que sea titular el concedente; y concesión de obras y servicios públicos, si el concesionario se obliga a ejecutar una obra necesaria para la posterior prestación de un servicio público que sea titular del concedente. Estas concesiones tienen una duración que no puede exceder de cincuenta años, salvo lo dispuesto en leyes especiales. Por último, entre las obligaciones del concesionario se menciona el pago del canon que, en su caso, se haya establecido.

*i) Aragón*

La Ley 5/2011, de 19 de marzo, del Patrimonio de Aragón contiene las normas que rigen el patrimonio de esta Comunidad Autónoma.

Para comenzar, se recuerda la prohibición de ocupar sin título habilitante bienes y derechos de dominio público, o utilizarlos excediendo el derecho de uso que, en su caso, corresponda a todos.

Los tipos de uso de los bienes de dominio público que cabe realizar son: uso común, uso que implica un aprovechamiento especial y uso privativo.

El uso común es el que corresponde por igual y de forma indistinta a todos los ciudadanos, de modo que el uso por unos no impide el de los demás interesados.

El uso que implica un aprovechamiento especial no impide el uso común, pero implica la concurrencia de circunstancias tales como la peligrosidad o intensidad del mismo, preferencia en casos de escasez, obtención de una rentabilidad singular u otras semejantes, que determinen un exceso de utilización sobre el uso que corresponde a todos o un menoscabo de éste.



El uso privativo determina la ocupación de una porción del dominio público, de modo que limita o excluye la utilización del mismo por otros interesados.

A continuación, el texto se encarga de indicar, en los mismos términos que la LPAP, los títulos habilitantes que deben obtenerse para cada tipo de uso. Así, el uso común puede realizarse libremente, sin más limitaciones que las derivadas de su naturaleza, lo establecido en los actos de afectación o adscripción y en las disposiciones que sean de aplicación. Por el contrario, el aprovechamiento especial y el uso privativo sí requieren un permiso por parte de la Administración, que varía en función de la clase y de las características de la utilización. Cuando el aprovechamiento especial o el uso privativo se realicen con instalaciones desmontables o bienes muebles, están sujetos a autorización. En cambio, si se realizan con obras o instalaciones fijas o la duración del aprovechamiento o uso excede de cuatro años, a concesión.

De las notas más importantes tanto de las autorizaciones como de las concesiones administrativas, es importante destacar que el plazo máximo de duración de las autorizaciones, incluidas las prórrogas, es de cuatro años y el de las concesiones, de setenta y cinco años.

*j) Asturias*

La Ley 1/1991, de 21 de febrero, de Patrimonio del Principado de Asturias contiene la regulación del patrimonio de esta Comunidad Autónoma.

Son tres los tipos de uso de los que pueden ser objeto los bienes de dominio público asturiano: uso común, general o especial, y uso privativo.

El uso común general se define como aquél que corresponde por igual a todas las personas y es ejercido libremente, con arreglo a la naturaleza de los mismos, a los actos de afectación y apertura al uso público y a las leyes, reglamentos y demás reglas e instrucciones dictadas para su ordenada utilización.

El uso especial es aquél en el que concurren circunstancias singulares, como la escasez del bien, la intensidad o la multiplicidad del uso, su peligrosidad o cualesquiera otras semejantes, y está sujeto a previa autorización o licencia.

El uso privativo supone una utilización individualizada de los bienes de dominio público, limitando o excluyendo el libre uso a otras personas. Este uso privativo, tanto en favor de personas públicas como privadas, requiere la obtención previa de

una concesión administrativa (definido en el art. 90 como el título que otorga a una persona el derecho de uso y disfrute privativo de un bien de dominio público), salvo que sea a favor de entidades de derecho público dependientes del Principado de Asturias que tengan encomendada su gestión, conservación, explotación o utilización como soporte para la prestación de un servicio público.

Si bien no se indica la duración de las autorizaciones, sí se señala para las concesiones un plazo máximo de cincuenta años y la obligación de fijar el canon anual que hubiera de satisfacerse.

*k) Canarias*

La Ley 6/2006, de 17 de julio, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias se ocupa en el Capítulo II «*Utilización de los bienes y derechos de dominio público*» del Título II «*Uso y explotación de los bienes y derechos*» de los tipos de uso de los que pueden ser susceptibles los bienes demaniales de esta Comunidad Autónoma.

Existen tres tipos diferentes de utilización de los bienes de dominio público: uso común, uso especial y uso privativo. El uso común es el que corresponde por igual y de forma indistinta a todos los ciudadanos, de modo que el uso por unos no impida el de los demás interesados. El uso especial es el que, sin impedir el uso común, supone la concurrencia de circunstancias tales como la peligrosidad o intensidad del mismo, preferencia en casos de escasez, la obtención de una rentabilidad singular u otras semejantes, que conlleve un exceso de utilización sobre el uso que corresponda a todos o un menoscabo de éste. El uso privativo conlleva la ocupación de una porción del dominio público, de modo que limita o excluye la utilización del mismo por otros interesados.

El art. 73 que lleva por rúbrica «*Títulos habilitantes*» precisa para cada tipo de uso qué es lo que debe solicitarse a la Administración. Así, afirma que el uso común puede realizarse libremente sin más limitaciones que las derivadas de su naturaleza, lo establecido en los actos de adscripción, y en las disposiciones que sean de aplicación. El uso especial está sujeto al otorgamiento de licencia, que se rige por las normas y procedimiento especiales correspondientes, o, en su defecto, por las disposiciones de esta ley para el otorgamiento de concesiones. En el uso privativo hay que distinguir, por un lado, si la ocupación se efectúa únicamente con instalaciones desmontables o bienes muebles, y la duración es inferior a cuatro años porque estos casos están

sujetos a autorización. Por otro, si la ocupación se efectúa con obras o instalaciones fijas ya que éstos deben estar amparados por la correspondiente concesión administrativa.

Al igual que la LPAP, la presente ley, entre las características de las autorizaciones, precisa que las autorizaciones han de otorgarse por un tiempo determinado, que incluidas las prórrogas no puede superar los cuatro años. Éstas pueden ser gratuitas, otorgarse con contraprestación o con condiciones, o estar sujetas a las tasas previstas en sus normas especiales. Sin embargo, cuando la utilización privativa no lleve aparejada una utilidad económica para la persona autorizada o, aun existiendo dicha utilidad, la utilización suponga condiciones o contraprestaciones para el beneficiario que anulen o hagan irrelevante aquélla, no están sujetas a tasa. Al solicitante de autorizaciones de uso privativo se le puede exigir constituir garantía para responder del uso del bien, así como de su reposición o reparación, o indemnización de daños, en caso de alteración. Por su parte, para las concesiones se prevé un plazo máximo de duración, incluidas las prórrogas, de setenta y cinco años, salvo que se establezca otro menor en las normas especiales que sean de aplicación. En los mismos términos que para las autorizaciones, se establece que las concesiones pueden ser gratuitas o estar sujetas a tasas.

*l) Cantabria*

La Ley 3/2006, de 18 de abril, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Cantabria regula el patrimonio de la presente Comunidad Autónoma.

Los tipos de uso de los bienes de dominio público son los siguientes: uso común, uso que implica un aprovechamiento especial y uso privativo.

El uso común es el que corresponde por igual y de forma indistinta a todos los ciudadanos, de modo que el uso por unos no impide el de los demás interesados.

El uso que implica un aprovechamiento especial se define como el que, sin impedir el uso común, supone la concurrencia de circunstancias tales como la peligrosidad o intensidad del mismo, preferencia en casos de escasez, la obtención de una rentabilidad singular u otras semejantes, que determinen un exceso de utilización sobre el uso que corresponde a todos o un menoscabo de éste.

El uso privativo determina la ocupación de una porción del dominio público, de

modo que se limita o excluye la utilización del mismo por otros interesados.

La ley se ocupa también de los títulos habilitantes que son requeridos en cada caso. El uso común puede realizarse libremente, sin más limitaciones que las derivadas de su naturaleza, lo establecido en los actos de afectación o adscripción, y en las disposiciones que sean de aplicación.

El aprovechamiento especial, así como el uso privativo cuando la ocupación se efectúe con instalaciones desmontables o bienes muebles, está sujeto a autorización. En cambio, el uso privativo que determine su ocupación con obras o instalaciones fijas o exceda de diez años (a diferencia de la LPAP que prevé cuatro años para estos supuestos), a concesión administrativa.

Los artículos siguientes contienen las características de las autorizaciones y las concesiones demaniales. De los mismos merecen destacarse las previsiones existentes sobre el plazo de duración y exigencia de tasa. Para las autorizaciones, se señala que el plazo máximo de duración por el que se otorgan no puede exceder de diez años, incluidas las prórrogas, salvo que se establezca otro distinto en las normas sectoriales específicas que resulten de aplicación. Las autorizaciones pueden ser gratuitas, otorgarse con contraprestación o condiciones, o estar sujetas a la tasa por la utilización privativa o el aprovechamiento especial de los bienes demaniales. Esta tasa no será exigida cuando la utilización no lleve aparejada una utilidad económica para la persona autorizada o, aun existiendo dicha utilidad, la utilización o aprovechamiento suponga condiciones o contraprestaciones para el beneficiario que anulen o hagan irrelevante aquélla. Para las concesiones, se establece que el plazo máximo de duración no puede exceder de setenta y cinco años, salvo que se establezca otro menor en las normas especiales que sean de aplicación. Estas concesiones pueden ser gratuitas, otorgarse con contraprestación o condición o estar sujetas a la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes que, en su caso, se prevea en la legislación vigente, o las tasas previstas en sus normas especiales.

*m) Castilla y León*

La Ley 11/2006, de 26 de octubre, del Patrimonio de la Comunidad de Castilla y León es la encargada de regular el patrimonio de esta Comunidad Autónoma.

Los tipos de uso de los bienes de dominio público: uso común, de

aprovechamiento especial y privativo.

El uso común se define como aquél que corresponde por igual y de forma indistinta a todos los ciudadanos, de modo que el uso por parte de unos no impide el de los demás interesados. Éste puede realizarse libremente, sin más limitaciones que las derivadas de su naturaleza, así como lo establecido en los actos de afectación o adscripción y en las disposiciones que sean de aplicación.

El aprovechamiento especial es aquél que, sin impedir el uso común, supone la concurrencia de circunstancias tales como su peligrosidad o intensidad, la preferencia en casos de escasez, la obtención de una rentabilidad singular, etc., que determinan un exceso de utilización sobre el uso que corresponde a todos o un menoscabo de éste.

El uso privativo es el que determina la ocupación de una porción del dominio público, de forma que limita o excluye la utilización del mismo por parte de otros interesados.

En cuanto a los títulos necesarios para cada tipo de uso, el aprovechamiento especial está sujeto a concesión, salvo que la ocupación se efectúe con instalaciones desmontables o bienes muebles, o la duración del aprovechamiento no exceda de cuatro años, caso en que está sujeto a autorización. En cambio, el uso privativo debe estar amparado por la correspondiente concesión administrativa, excepto cuando se efectúe únicamente con instalaciones desmontables o bienes muebles, o la duración no exceda de cuatro años, en que estará sujeto a autorización.

Por último, el plazo de duración de las autorizaciones y concesiones se especifica en los artículos siguientes. Mientras que las autorizaciones no pueden tener una duración que exceda de los cuatro años, las concesiones pueden llegar a alcanzar los setenta y cinco años, al seguirse para las mismas lo establecido en la legislación básica del Estado. Sí se prevé para ambos títulos la posibilidad de que el otorgamiento sea gratuito, con contraprestación o con condiciones, o estar sujetas a una tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes del dominio público.

*n) Murcia*

La Ley 3/1992, de 30 de julio, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia regula el patrimonio de esta Comunidad Autónoma.

Los diferentes tipos de uso que cabe realizar de los bienes de dominio

público son: uso común, general o especial, y uso privativo.

El uso común es aquél que corresponde indistintamente a todas las personas, sin que la utilización por parte de unas impida la de otras. Dicho uso común es general cuando no concurren circunstancias especiales, en cuyo caso no está sujeto a licencia ni tiene otras limitaciones que las derivadas del uso por las demás personas, el respeto a la naturaleza de los bienes y su conservación, así como el sometimiento a las reglas de policía e instrucciones dictadas para promover su ordenados uso.

El uso común es especial cuando recae sobre bienes escasos o por su intensidad, multiplicidad o peligrosidad. El mismo precisa una autorización o licencia, que puede estar sujeta a una tasa y no excluye el uso general.

El uso privativo es aquél que implica una utilización individualizada de los bienes demaniales, de forma que limita o excluye su libre uso a otras personas. Esta clase de uso exige previa concesión administrativa (definida como el título que otorga a una persona el uso y disfrute exclusivo y temporal de un bien de dominio público, cuya titularidad permanece en poder de la Comunidad Autónoma de Murcia), salvo que sea en favor de las entidades públicas dependientes de la Comunidad Autónoma de Murcia, que tengan asignada la gestión, conservación o utilización para la prestación de un servicio público. Las concesiones, por las que se debe pagar el canon establecido, no pueden tener una duración, incluidas las prórrogas, que exceda de noventa y nueve años, salvo que en leyes especiales se establezca un plazo inferior.

*o) País Vasco*

El Decreto Legislativo 2/2007, de 6 de noviembre, de aprobación del Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Euskadi se ocupa de la regulación del patrimonio de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

El Capítulo I «*Del título habilitante y régimen de utilización de los bienes demaniales*» del Título V «*Otras formas de uso y aprovechamiento de los bienes demaniales*» es el que contiene las normas sobre las formas de uso. Para comenzar, se señala que nadie puede, sin título que lo autorice otorgado por la autoridad competente, ocupar bienes de dominio público o utilizarlos en forma que exceda el derecho de uso que, en su caso, corresponde a todos.

En la utilización de los bienes demaniales pueden encontrarse tres tipos

posibles de uso: uso común, general y especial, y uso privativo.

El uso común que corresponde por igual e indistintamente a todos los ciudadanos puede ser, a su vez, general (cuando no concurren circunstancias singulares) o especial (cuando el uso implique un aprovechamiento especial que, sin impedir el uso común, suponga la concurrencia de circunstancias como su peligrosidad o intensidad, preferencia en casos de escasez, la obtención de una rentabilidad singular y otras semejantes, que determinen un exceso de utilización o un menoscabo sobre el uso que corresponde a todos).

El uso privativo determina la ocupación de una porción del dominio público de modo que se limita o excluye la utilización del mismo por otros interesados.

A continuación, se encarga de aclarar qué título habilitante es necesario en cada caso. El uso común general no está sujeto a autorización, es decir, puede realizarse libremente sin más limitaciones que las derivadas del uso por las demás personas y del respeto a la naturaleza de los bienes y su conservación, así como el obligado sometimiento a las reglas de policía e instrucciones dictadas para promover su ordenada utilización. El uso común especial está sujeto a autorización, salvo cuando su duración sea superior a cinco años o la duración total, incluidas las prórrogas exceda de ocho años, en cuyo caso requiere concesión administrativa. Por último, el uso privativo precisa un título adecuado a su naturaleza, esto es, una autorización cuando la ocupación se efectúe con instalaciones desmontables o bienes muebles y con una duración inicial no superior a cinco años, y una concesión cuando la ocupación se efectúe con obras o instalaciones fijas o por plazo inicial superior a cinco años.

En cuanto al régimen económico de estos títulos, se señala que las autorizaciones y las concesiones pueden ser gratuitas, otorgarse con contraprestaciones o condiciones, o estar sujetas a tasa por utilización de bienes de dominio público. Cuando la utilización no implique una utilidad económica o las condiciones o contraprestaciones la hagan irrelevante, las mismas no están sujetas a tasa.

Por último, la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha es la que no prevé en la norma reguladora de su patrimonio, la Ley 6/1985, de 13 de noviembre, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, las distintas posibilidades de uso que cabe realizar de los bienes demaniales.

El Capítulo II «*Utilización del dominio público*» únicamente señala que las

concesiones y autorizaciones sobre el dominio público deben ser otorgadas por las Consejerías, previo informe de la de Economía y Hacienda, determinando las condiciones generales para cada caso e incluyendo necesariamente un plazo de duración como máximo de treinta años para las autorizaciones y de cincuenta años, para las concesiones.

## 2.3. USOS DEL DOMINIO PÚBLICO EN EL ÁMBITO LOCAL

### 2.3.1. Clases de uso

Las formas de utilización de los bienes de dominio público municipal son varias y dependen de las distintas clases de afectación a las que pueden estar sujetos los mismos, pues las posibilidades de utilización están en función de dicha afectación<sup>668</sup>.

La normativa estatal reguladora del régimen local sólo se refiere a la utilización de los bienes de dominio público a nivel reglamentario, en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, sin que se contenga referencia a ella ni en la Ley de Bases de Régimen Local ni en el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de régimen local<sup>669</sup>.

La diferenciación fundamental en este ámbito local es, por un lado, al igual que en las leyes de patrimonio estatal y autonómicas, la que distingue entre el uso común (aquel que corresponde por igual y de forma indistinta a todos los ciudadanos, de modo que el uso de unos no impide el de los demás interesados, es decir, el uso de un mismo bien puede ser simultáneo por varias personas), subdividido en general o especial, en función de que concurren o no circunstancias singulares de peligrosidad, intensidad del uso o cualquier otra semejante, como puede ser la rentabilidad, y el uso privativo (constituido por la ocupación de una porción del dominio público, de modo que limita o

---

<sup>668</sup> Ha de señalarse que los bienes públicos locales pueden ser demaniales, patrimoniales y comunales, caracterizándose estos últimos por corresponder su aprovechamiento al común de los vecinos. Sin embargo, como indica COLOM PIAZUELO, E., «Los bienes comunales en la legislación de régimen local», MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Tratado de Derecho Municipal...*, op. cit., pp. 3239 y 3240, «en los bienes comunales existen tanto aprovechamientos vecinales como no vecinales. En todo caso, lo que justifica la existencia de un bien comunal es que la mayor parte de los disfrutes o los más importantes sean vecinales. Los bienes comunales están destinados al aprovechamiento vecinal. En consecuencia, el vecino debe obtener un beneficio de ese disfrute. Beneficio que no puede ser suprimido o atenuado de forma sustancial mediante la imposición de cánones elevados por parte de la Entidad local propietaria. Para evitar tal posibilidad, (...) no se permite imponer cánones si los aprovechamientos se realizan de forma colectiva; y se limita su cuantía en los casos en que exista un reparto por lotes o suertes».

<sup>669</sup> GONZÁLEZ RÍOS, I., *El dominio público municipal...*, op. cit., pp. 5 y 7.



excluye la utilización por los demás interesados). Los títulos habilitantes requeridos en estos casos son: la autorización para el uso común especial y la concesión demanial para el uso privativo<sup>670</sup>. En cuanto a su estabilidad, debe tenerse en cuenta que la autorización puede ser revocable por razones de interés público y en general sin derecho a indemnización, pues se trata de un acto unilateral de tolerancia por parte de la Administración. Sin embargo, dado que de la concesión nacen verdaderos derechos subjetivos para el concesionario, sólo cabe su revocación mediante el correspondiente derecho de resarcimiento de daños y perjuicios<sup>671</sup>.

Por otro, la que diferencia entre el uso normal, aquel conforme con el destino principal del dominio público a que afecte, y el uso anormal, si no fuere conforme con dicho destino. Quiere decirse que cuando el uso de un bien de dominio público se adecue al fin principal del bien, estaremos ante un uso normal, mientras que cuando no lo haga, ante uno anormal. Ciertamente, la doctrina ha afirmado que un bien de dominio público puede tener un destino principal y unos destinos secundarios, siendo el uso anormal consecuencia de un destino secundario que puede otorgarse a los bienes demaniales<sup>672</sup>.

### **2.3.2. Las tasas en el ámbito local**

En el ámbito local rige en esta materia lo dispuesto en el art. 20 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante TRLRHL), en cuya virtud: *«Las Entidades locales, en los términos previstos en esta ley, podrán establecer tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, así como por la prestación de servicios públicos o la realización de actividades administrativas de competencia local que se refieran, afecten o beneficien de modo particular a los sujetos pasivos»*, añadiéndose que *«En todo caso, tendrán la consideración de tasas las prestaciones patrimoniales que establezcan las Entidades locales por: A) la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local»*.

Tras la nueva redacción dada a este precepto por la Ley 25/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, se remarca el carácter

---

<sup>670</sup> FUENTETAJA PASTOR, J.A. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Manual de Derecho Local*, Iustel, Madrid, 2013, pp. 480 y 481.

<sup>671</sup> MARTÍN SANZ, V., «Los bienes de las Entidades Locales. Régimen general», MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Tratado de Derecho Municipal...*, op. cit., pp. 2996 y ss.

<sup>672</sup> MORELL OCAÑA, L., *Curso de Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 573.

potestativo y voluntario de estos tributos, cuyo establecimiento depende exclusivamente de la voluntad de la Entidad local respectiva, pudiéndose exigir únicamente previo acuerdo expreso de imposición y ordenación por cualquier supuesto de utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local<sup>673</sup>, y en particular por los que aparecen expresamente configurados con carácter no taxativo, sino meramente enunciativo, en el referido precepto, del que se desprende que para que la utilización del dominio público pueda generar tasas locales es necesaria la concurrencia de estas tres circunstancias: a) que se trate de un aprovechamiento especial o privativo; b) que su uso sea legítimo, y c) que los bienes sean de dominio público local<sup>674</sup>.

Sobre la exigencia de estos tributos en el ámbito local, es importante señalar que el art. 24.1 del TRLRHL establece tres reglas diferentes para la fijación del importe previsto por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local:

- 1) La primera regla se contiene en la letra a): *«Con carácter general, tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público. A tal fin, las ordenanzas fiscales podrán señalar en cada caso, atendiendo a la naturaleza específica de la utilización privativa o del aprovechamiento especial de que se trate, los criterios y parámetros que permitan definir el valor de mercado de la utilidad derivada».*
- 2) La segunda regla es la regulada en la letra b): *«Cuando se utilicen procedimientos de licitación pública, el importe de la tasa vendrá determinado por el valor económico de la proposición sobre la que recaiga la concesión, autorización o adjudicación».*

---

<sup>673</sup> MARTÍN SANZ, V., «Los bienes de las Entidades Locales...», *op. cit.*, pp. 2998-2999, explica que el uso común especial no pertenece a todos en igualdad de condiciones ni se caracteriza por las notas de libertad ni gratuidad (en efecto, este uso es oneroso al fijar la Administración un canon que se concreta al otorgar la licencia). Asimismo, en el caso del uso privativo, constituido por la ocupación de una porción del dominio público, de modo que limite o excluya la utilización por los demás interesados, debe señalarse el canon que haya de satisfacerse a la Entidad local, que tendrá el carácter de tasa, y comportará el deber del concesionario autorizado de abonar el importe de los daños y perjuicios que se causaran a los mismos bienes o al uso general o servicio al que estuvieren destinados.

<sup>674</sup> Como señala CANCIO FERNÁNDEZ, R.C., «El desarrollo tecnológico...», *op. cit.*, p. 46, *«En rigor, no es necesario ninguna relación de supuestos, ni abierta ni cerrada, en base a los que las Entidades locales puedan exigir tasas, ya que la configuración en la Ley de la categoría genérica de la tasa local y la regulación, también genérica de todos sus elementos esenciales, es suficiente como para dar por adecuadamente cumplido el principio de reserva de ley».*

- 3) La tercera regla hace referencia a la denominada “tasa del 1,5 por ciento de las empresas suministradoras” y está contenida en la letra c): *«Cuando se trate de tasas por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, el importe de aquéllas consistirá, en todo caso y sin excepción alguna, en el 1,5 por ciento de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas».*

Esta última regla tiene varias precisiones adicionales, de las cuales merecen destacarse las siguientes: *«No se incluirán en este régimen especial de cuantificación de la tasa los servicios de telefonía móvil.*

*Este régimen especial de cuantificación se aplicará a las empresas a que se refiere este párrafo c, tanto si son titulares de las correspondientes redes a través de las cuales se efectúan los suministros como si, no siendo titulares de dichas redes, lo son de derechos de uso, acceso o interconexión a estas.*

*Las tasas reguladas en este párrafo c son compatibles con otras tasas que puedan establecerse por la prestación de servicios o la realización de actividades de competencia local, de las que las empresas a que se refiere este párrafo c deban ser sujetos pasivos conforme a lo establecido en el art. 23.1 b de esta Ley, quedando excluida, por el pago de esta tasa, la exacción de otras tasas derivadas de la utilización privativa o el aprovechamiento especial constituido en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales».*

Así, el art. 24.1 del TRLRHL declara la exclusión expresa de la exacción de otras tasas derivadas de la utilización privativa o el aprovechamiento especial constituido en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales cuando se paga la tasa del 1,5 por 100 de los ingresos brutos procedentes de la facturación anual en el término municipal. Y al mismo tiempo declara compatible dicha tasa especial con otras tasas que puedan establecerse por la prestación de servicios o la realización de actividades de competencia local. Consecuentemente, parece tratarse de dos tasas

diferentes<sup>675</sup>: una tasa especial aplicable a las empresas explotadoras de servicios de suministros de interés general o que afectan a la generalidad o a una parte importante del vecindario cuando utilicen privativa o aprovechen especialmente el suelo, el subsuelo o el vuelo de las vías públicas municipales, y una tasa general para todos los demás supuestos de utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público sin concurrencia de alguna de las dos circunstancias citadas, es decir, cuando no esté presente el requisito subjetivo (empresa explotadora de servicio de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario) o el objetivo (utilización privativa o aprovechamiento especial del suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales).

Asimismo, dentro del ámbito local debe tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los supuestos de hecho que dan lugar al nacimiento o exigencia de estas tasas, que en varios de sus pronunciamientos analiza la cuestión, distinguiendo los casos en los que se produce una utilización física del dominio público de aquellos otros en los que sólo existe un uso general colectivo de la vía pública.

Cuando se trata de la instalación de portadas, escaparates y vitrinas en terrenos de propiedad particular, el Tribunal no considera que exista presupuesto de hecho suficiente para devengar un tributo. Como afirma la Sentencia de 28 de abril de 2004 -RJ 2767/2004- *«es patente que portadas, escaparates y vitrinas se instalan en terrenos de propiedad particular lo que excluye de raíz que exista utilización privativa del dominio público. Tampoco concurre ningún servicio prestado por la Administración Pública. Del mismo modo, ha de excluirse que se dé un aprovechamiento especial del dominio público. El hecho de que las portadas, escaparates y vitrinas sean vistas desde*

---

<sup>675</sup> Así lo puso de manifiesto el Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de junio de 2007 -RJ 2007/3410-, al señalar que la modalidad especial se aplica a las empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o aprovechen especialmente el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, y la modalidad general, a todos los demás supuestos de utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público en los que no concorra alguna de las dos circunstancias mencionadas. En este mismo sentido, la Sentencia de 16 de julio de 2007 -RJ 2007/4841- afirmó que: *«puede conceptualmente distinguirse una tasa general, referida a la utilización o aprovechamiento especial o exclusivo de bienes de dominio público, cuantificable en función del valor que tendría en el mercado la utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público, y otra, especial, en la que la utilización privativa o el aprovechamiento especial se refiere específicamente al suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, cuantificable en el 1,5 por ciento de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas».*

*el dominio público no configura un aprovechamiento especial del dominio público, sino desde el dominio público».*

En cambio, cuando se refiere a la instalación de cajeros automáticos en línea de fachada y orientados a la vía pública se llega a la conclusión contraria, si bien señalándose previamente que el problema ha recibido dos tratamientos diferentes<sup>676</sup>. Tras constatar el Tribunal Supremo que *«mediante este sistema operativo determinados servicios y operaciones propias de los contratos de naturaleza bancaria que tales entidades ofrecen a sus clientes son prestados no ya en el interior del centro bancario, sino con aprovechamiento de un espacio exterior, la vía pública, en la que el cliente puede realizar un amplio abanico de operaciones, incluso fuera del horario comercial, sin necesidad de utilizar las propias dependencias de la entidad de crédito, que indudablemente obtiene un provecho económico de esta operativa que se realiza en espacio de dominio público local»*, se afirma la presencia de un aprovechamiento especial del dominio público local en el servicio de cajeros automáticos.

Como se está ante un servicio económico del que el banco obtiene el consiguiente provecho y ventaja, que se presta en línea de fachada, hacia el exterior, permitiendo atender al público que deambula por la acera, y siendo en la propia vía pública donde se presta dicho servicio concluye el Tribunal que la instalación de un cajero automático en la vía pública *«no cabe calificarla como de utilización privativa, pero sí comporta un aprovechamiento de aquélla que no cabe asimilarlo a un uso general de la vía pública y es que no cabe desconocer lo peculiar del servicio que realizan estas máquinas. Su instalación implica una utilización física del dominio público, ya que el cajero no es susceptible de ser utilizado con su mera visión, sino que exige una parada física ante él para realizar las operaciones solicitadas»*.

Por último, se menciona en la sentencia una cuestión de gran relevancia: quién es el sujeto pasivo de esta tasa. El art. 23.1 del LRHL considera como tal, en concepto de contribuyente, al que disfrute, utilice o aproveche especialmente el dominio público local en beneficio particular. Este aprovechamiento especial no está en el usuario del cajero, sino en la entidad bancaria que lo coloca, obteniendo por ello un beneficio económico.

---

<sup>676</sup> Para unos no hay verdadera utilización o aprovechamiento especial en el breve tiempo que dura el servicio del cajero, que no varía respecto del colectivo y que realizan los transeúntes. Para otros, sí se ocupa la vía pública de un modo especial.

### 2.3.3. Cesiones gratuitas

Como sostiene el art. 47.3 de la LBRL, las cesiones gratuitas a Entidades e Instituciones públicas precisan voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación, previa instrucción de expediente con los requisitos del art. 110 del RBEL, en el que debe quedar justificada la decisión como positiva y en beneficio de los habitantes del término municipal. En todo caso, es necesaria notificación a la Comunidad Autónoma y que la cesión se destine a fines de utilidad de la Corporación local. Si los bienes cedidos no se destinan al uso señalado en el acuerdo de cesión, en el plazo estipulado o supletoriamente en el de cinco años, o dejan de destinarse a ese fin posteriormente, la Corporación local tiene derecho a la reversión del bien cedido -arts. 110 y 111 RBEL-<sup>677</sup>.

## 3. APROVECHAMIENTO Y EXPLOTACIÓN DE LOS BIENES Y DERECHOS PATRIMONIALES. EN ESPECIAL LOS BIENES Y DERECHOS PATRIMONIALES AFECTOS A UN SERVICIO O FUNCIÓN PÚBLICA

### 3.1. INTRODUCCIÓN

El Capítulo II del Título IV de la LPAP (arts. 105 y ss.) regula el aprovechamiento y la explotación de los bienes y derechos patrimoniales, que se definen en el art. 7.1 de la LPAP como *«los que siendo de titularidad de las Administraciones Públicas, no tengan el carácter de demaniales»*, es decir, aquellos que, como prevé el art. 5.1 de la LPAP, *«no se encuentren afectados a un uso general o al servicio público o que una ley no les otorgue expresamente el carácter de demaniales»*.

En este ámbito, ha de apuntarse que la LPAP contiene entre sus principales objetivos el dotar a la Administración de mecanismos que le permitan obtener la mayor rentabilidad posible de sus bienes y derechos patrimoniales considerados no sólo como medios dirigidos a la satisfacción de necesidades públicas, sino como fuentes de ingresos públicos. Por ello, señala la norma, en el art. 8, que los principios relativos a estos bienes son la eficiencia y economía en su gestión; eficacia y rentabilidad en la explotación; publicidad, transparencia, concurrencia y objetividad, así como

---

<sup>677</sup> RIVERO YSERN, J.L., *Manual de Derecho Local*, Thomson-Reuters, Navarra, 2010, p. 338.

identificación y control a través de inventarios o registros adecuados; y colaboración y coordinación entre las diferentes Administraciones públicas, con el fin de optimizar la utilización y el rendimiento de sus bienes.

Para comprender las reglas contenidas en los arts. 105 y siguientes de la LPAP, deben realizarse previamente una serie de precisiones. Como aclara COLOM PIAZUELO<sup>678</sup>, los sujetos regidos por estos preceptos se caracterizan por una doble limitación: aplicación a las Administraciones Públicas y, en particular, a la Administración estatal. De esta manera, puede observarse que estos artículos contienen un doble requisito para aplicar las reglas que contienen: se exige, por un lado, que los bienes y derechos sean de titularidad de una Administración y, por otro, que se trate de la Administración estatal<sup>679</sup>.

Además, hay que señalar que dicha aplicación parte de una configuración concreta del dominio público, que se articula como una propiedad pública compuesta de un suelo, un subsuelo y un vuelo. Si bien esta inclusión dentro de la categoría, tanto del subsuelo como del vuelo, no puede apreciarse en la LPAP, sí se hace en la jurisprudencia.

Por otra parte, no puede olvidarse que existe una presunción de que los bienes de titularidad de las Administraciones públicas tienen naturaleza jurídica patrimonial, salvo disposición expresa en contrario o que hayan sido afectados expresamente al dominio público. Esta categoría residual no goza, aunque sólo sea a primera vista, de las notas de protección del dominio público, como establecen los apartados 2 y 3 del art. 30 de la LPAP. De ello se observa cómo el dominio privado es en principio disponible, ya que está en el comercio de los hombres y es enajenable siguiendo el procedimiento legalmente establecido.

Por último, debe tenerse en cuenta que los bienes patrimoniales se subdividen en dos grupos: bienes patrimoniales afectos a funciones públicas y bienes patrimoniales que no están destinados a finalidades públicas. El aprovechamiento y explotación de cada uno de ellos se rige por principios diversos, primando el interés público en el primer grupo, pero no en el segundo. A pesar de ello, no puede pasarse por alto que, en

---

<sup>678</sup> COLOM PIAZUELO, E., «El aprovechamiento y explotación de los bienes y derechos patrimoniales», CHINCHILLA MARÍN, C. (coord.), *Comentario a la Ley 33/2003...*, *op. cit.*, pp. 566 y ss.

<sup>679</sup> Dado que la LPAP no define lo que se entiende por Administraciones públicas, es preciso acudir a la LRJPAC para poder concluir que los citados preceptos se aplican a la Administración General del Estado y los organismos públicos dependientes de ella, sean estos Organismos Autónomos o Entidades Públicas Empresariales.

razón de su titular, también estos últimos deben servir a fines públicos, al interés general, esto es, deben cumplir algunas de las misiones que la Administración tiene encomendadas por la ley (art. 103.1 de la CE)<sup>680</sup>. Pero incluso aunque la necesidad de interés público exista, no puede excluirse la posibilidad de que los bienes patrimoniales sean susceptibles de varios usos.

### 3.2. BIENES PATRIMONIALES AFECTOS A FUNCIONES PÚBLICAS

Para el caso de los bienes patrimoniales afectos a funciones públicas lo importante es tener siempre presente que no puede acordarse ninguna actuación que pudiera poner en peligro esas finalidades. De lo contrario, esos acuerdos estarían viciados.

En la LPAP no existe una regulación sistemática de su aprovechamiento, por lo que se hace necesario acudir a un conjunto de preceptos dispersos en la propia norma o en leyes sectoriales debido a la imposibilidad de establecer una regulación que tenga carácter general para todas las funciones públicas posibles<sup>681</sup>.

Son de destacar dos artículos que evidencian el destino prioritario y el respeto al cumplimiento de fines públicos. Por un lado, el art. 8.2 que establece: «*En todo caso, la gestión de los bienes patrimoniales deberá coadyuvar al desarrollo y ejecución de las distintas políticas públicas en vigor y, en particular, al de la política de vivienda, en coordinación con las Administraciones competentes*» y, por otro, el art. 131.1 que afirma: «*Los bienes y derechos patrimoniales del Patrimonio del Estado que no sean*

---

<sup>680</sup> CHINCHILLA MARÍN, C., en su obra, *Bienes patrimoniales del Estado...*, op. cit., pp. 95 y ss., explica que es inútil buscar un elemento o seña de identidad inherente a la naturaleza de un bien que permita identificarlo como patrimonial y distinguirlo de los bienes demaniales o, incluso, de los bienes de los particulares. «*Si consideramos las cosas en su sustancia- es decir, desnudas de sus atributos jurídicos- nos encontramos con que en nada se diferencia un cuadro de Goya colgado en el Museo del Prado de un cuadro del mismo pintor colgado en las paredes de la casa de un coleccionista privado; como tampoco se diferencian en nada –en esa visión desnuda y aséptica de las cosas- el edificio que constituye la sede de un Ministerio o el que el Ayuntamiento tiene alquilado a un vecino de su municipio para instalar una oficina, de los que cualquiera de nosotros tiene en propiedad y constituye su domicilio o lugar de trabajo*».

<sup>681</sup> COLOM PIAZUELO, E., «El aprovechamiento y explotación de los bienes y derechos patrimoniales», CHINCHILLA MARÍN, C. (coord.), *Comentario a la Ley 33/2003...*, op. cit., pp. 582 y ss., afirma al respecto que «*(...) en la LPAP no se establece una regulación general del aprovechamiento de los bienes patrimoniales afectos a funciones públicas. Ello responde a las diferencias existentes entre cada uno de esos fines públicos y la imposibilidad de establecer una regulación general aplicable a la utilización de todos los bienes que les sirvan de soporte. Esa insuficiencia exige que para determinar el régimen de aprovechamiento de cada bien sea preciso acudir a esas normas complementarias de la LPAP*».



*necesarios para el ejercicio de las competencias y funciones propias de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos podrán ser enajenados conforme a las normas establecidas en este capítulo».* Quiere decirse que debe observarse primero si el bien patrimonial puede destinarse a una finalidad pública y solamente en el caso de que no sea posible, se procederá a explotarlo de forma rentable.

Asimismo, puede suceder que el cumplimiento de fines públicos requiera que el bien sea utilizado por una tercera persona ajena a la Administración (celebrándose en estos casos un contrato o un convenio que deje constancia del fin público), como sucede en las intervenciones de las Administraciones en la actividad económica, o por organizaciones instrumentales dependientes de la misma, como por ejemplo ocurre cuando una entidad pública empresarial necesita utilizar bienes para el cumplimiento de sus fines.

### **3.3. BIENES PATRIMONIALES NO AFECTOS A FUNCIONES PÚBLICAS**

El Título V de la LPAP que lleva por rúbrica «gestión patrimonial» es el encargado de regular el régimen jurídico de la explotación de los bienes y derechos patrimoniales. Sus reglas conforman el eje central de la regulación. Compuesto de seis capítulos, la estructura concreta es la siguiente: en el capítulo I se contienen las disposiciones generales comunes a los diversos negocios jurídicos (arts. 110 a 114), el capítulo II abarca las reglas relativas a las adquisiciones a título oneroso (arts. 115 a 121); en el Capítulo III se comprenden los arrendamientos realizados por las Administraciones (arts. 122 a 128); en Capítulo IV se desarrollan las normas sobre la conservación de bienes (arts. 129 y 130), limitándose la norma a distribuir las competencias en la materia; en el capítulo V se incluyen las disposiciones sobre enajenación y gravamen (arts. 131 a 152) y en el Capítulo VI, las reglas sobre permuta de bienes y derechos (arts. 153 y 154).

Sin embargo, antes de analizar algunas de estas normas específicas, han de citarse tres artículos de la LPAP oportunos a este respecto: el art. 105.1 que contiene los dos requisitos previos para acordar la explotación de estos bienes<sup>682</sup> (la justificación de

---

<sup>682</sup> A salvo del requisito previo de que los bienes no estén materialmente afectos a un servicio público o a una función pública. Como establece el art. 131.1 LPAP podrán ser enajenados: «*los bienes y derechos patrimoniales del Patrimonio del Estado que no sean necesarios para el ejercicio de las competencias y funciones propias de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos*». El problema no es tanto el carácter demanial o patrimonial del bien como su necesidad o no para la satisfacción de intereses generales.

que los mismos no estén destinados a su enajenación<sup>683</sup> y de que sean susceptibles de aprovechamiento rentable, es decir, que con la explotación sea previsible el logro de un beneficio económico, sin que quepa descartar que la rentabilidad consista en la obtención de un beneficio social o de otra índole); el art. 106.1, en virtud del cual «*la explotación de los bienes o derechos patrimoniales podrá efectuarse a través de cualquier negocio jurídico<sup>684</sup>, típico o atípico*» y el art. 108 que establece que las rentas, frutos o percepciones de cualquier clase o naturaleza producidos por los bienes patrimoniales ingresarán en el tesoro público haciéndose efectivos con sujeción a las normas y procedimientos del Derecho privado.

Los principios que inspiran la negociación patrimonial parten de la libertad de pactos y la posibilidad de que los mismos puedan tener una pluralidad de objetos. Así, se establece en el primer apartado del art. 111 de la LPAP que «*La Administración pública podrá, para la consecución del interés público, concertar las cláusulas y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarias al ordenamiento jurídico, o a los principios de buena administración*»<sup>685</sup> y en el segundo que «*En particular, los negocios jurídicos dirigidos a la adquisición, explotación, enajenación, cesión o permuta de bienes o derechos patrimoniales podrán contener la realización por las partes de prestaciones accesorias relativas a los bienes o derechos objeto de los mismos, o a otros integrados en el patrimonio de la Administración*

---

<sup>683</sup> Tal y como afirma FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., en su trabajo «La problemática cuestión de la rentabilidad en la explotación de los bienes y derechos patrimoniales. Su regulación jurídica en la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 171, 2006, pp. 118-119, «*En un primer acercamiento, pudiera parecer que se sienta una suerte de preferencia o prioridad por la venta o enajenación como fórmula para extraer rendimiento a los bienes o, cuando menos, para adelgazar el gasto público que implica su mantenimiento, en busca, como se ha dicho, del equilibrio presupuestario. Sin embargo, el art. 138.1 de la Ley del Patrimonio, que regula el procedimiento para la enajenación, exige que en el expediente que sea instruido al efecto se justifique debidamente que el bien objeto de la misma no es necesario para el uso general o el servicio público ni resulta conveniente su explotación.*»

<sup>684</sup> Conviene recordar que luce aquí la teoría de los actos separables que determina una dualidad de régimen jurídico y, consecuentemente, de orden jurisdiccional competente, de modo que el enjuiciamiento de los actos que se dicten en relación con la preparación y adjudicación del contrato corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, mientras que las controversias que surjan entre las partes relacionadas con el contrato mismo, son competencia de la jurisdicción civil.

<sup>685</sup> Teniendo en cuenta que la libertad de negociación tiene, no obstante, algunas limitaciones como, por ejemplo, la imposibilidad establecida en el art. 106.3 de la LPAP de que la duración de los contratos supere los 20 años, incluidas las prórrogas, salvo causas excepcionales debidamente justificadas. Dichas prórrogas podrán otorgarse, a petición del adjudicatario, siempre que el resultado de la explotación lo haga aconsejable y por un plazo que no podrá exceder de la mitad inicial (art. 107. 4 de la LPAP).

*contratante, siempre que el cumplimiento de tales obligaciones se encuentre suficientemente garantizado».*

Desde un punto de vista subjetivo, las modalidades de explotación pueden ser dos: directa, por la Administración titular o por alguna de las entidades de Derecho público de ella dependientes, o indirecta, a través de algún negocio jurídico que una a aquélla con un tercero, guardando silencio la LPAP sobre el primer tipo.

De todos los artículos contenidos en el Capítulo V, ha de centrarse la atención en las reglas previstas sobre la enajenación y gravamen<sup>686</sup>, que comprende no sólo la enajenación onerosa, sino también la cesión gratuita y la denominada aportación de bienes o derechos patrimoniales a las entidades instrumentales. En efecto, en la LPAP nos encontramos con cuatro figuras diferentes que únicamente resultan similares por el hecho de que el bien deja de estar en manos públicas<sup>687</sup>: enajenación de bienes inmuebles; enajenación de bienes muebles y de derechos incorporales; aportación de bienes a las sociedades mercantiles, entes públicos o fundaciones públicas; y cesión gratuita de los bienes.

Con carácter previo a la selección del adquirente, deben cumplirse una serie de requisitos formales, procedimentales y competenciales. Resulta fundamental el papel que cumple la declaración de alienabilidad<sup>688</sup>, en virtud de la cual se deja constancia de que el bien no es útil en ese momento para los fines públicos. En palabras de

---

<sup>686</sup> GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., *Régimen jurídico general de la enajenación del patrimonio privado inmobiliario de la Administración Pública*, Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 22, declara: «el recurso a la enajenación del único patrimonio público disponible, al que no le es de aplicación la regla de la inalienabilidad, se ha adaptado con demasiada frecuencia por determinadas Administraciones públicas, más preocupadas por una rentabilidad económica inmediata que redujera el elevado déficit público que por ofrecer incentivos a los particulares para la explotación de los bienes patrimoniales. La enajenación supone una disminución del patrimonio, tanto por la pérdida de los bienes transmitidos como por la carencia de rentas que dichos bienes generaban».

<sup>687</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., «Enajenación y gravamen de los bienes del patrimonio del Estado», en *Comentarios a la Ley 33/2003...*, op. cit., p. 642, establece: «Todas estas figuras jurídicas distintas disponen de un nexo común: suponen la pérdida total o parcial de facultades dominicales que une a los entes públicos con esos bienes y derechos de titularidad pública. Este proceso de venta de bienes públicos constituye una medida que se ha venido aplicando desde hace muchos años en nuestro país (...)».

<sup>688</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., «Enajenación y gravamen de los bienes del patrimonio del Estado», en *Comentarios a la Ley 33/2003...*, op. cit., p. 652, define dicha declaración como el acuerdo en el que se declara la alienabilidad del bien y que da respuesta a las siguientes cuestiones: «a) justificar que el bien no resulta necesario para el ejercicio de las competencias y funciones propias de la Administración General del Estado o cualquiera de sus organismos públicos; b) justificar por qué pese a ser necesario para el ejercicio de dichas competencias se puede vender con reserva de uso; c) justificar por qué la solución de la conservación resulta inadecuada para correcta gestión patrimonial pública y d) justificarse la conveniencia de la enajenación».

CHINCHILLA MARÍN<sup>689</sup>, es un tren que circula más en una dirección, la de pasar a formar parte del dominio público, que en la de desaparecer los bienes del patrimonio privado de la Administración pública por su enajenación a un particular interesado en su adquisición.

No obstante, no basta con este acuerdo, sino que es necesario, además, que el bien sea de titularidad de la Administración y así conste, al igual que los datos precisos para su identificación física y jurídica, en el registro administrativo o inventario de bienes y derechos que debe tener toda Administración<sup>690</sup>. Otro de los factores de más importancia que se ha de realizar con carácter previo a la enajenación es la tasación del bien, que se efectuará por el personal técnico dependiente del departamento u organismo que administre los bienes o derechos o por facultativos del Ministerio de Hacienda. Este dictamen, que marca un plazo para el procedimiento al tener una validez de un año, deberá estar motivado suficientemente y basarse en criterios objetivos.

En cuanto a las formas de transmisión, la LPAP mantiene la subasta pública como sistema normal de enajenación de los bienes muebles (art. 143.1) y de los derechos de propiedad incorporal (art. 144.3), a pesar de que la sustituye por el concurso en la enajenación de los inmuebles y derechos reales. Así, la LPAP ha convertido a la subasta en el sistema excepcional de enajenación de bienes inmuebles y el concurso, en el preferente. La adjudicación directa sólo puede efectuarse en los casos establecidos expresamente en la Ley, que son los descritos en el art. 137.4 y que se aplican a toda clase de bienes y derechos patrimoniales.

---

<sup>689</sup> CHINCHILLA MARÍN, C., *Bienes patrimoniales del Estado...*, op. cit., p. 16.

<sup>690</sup> GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., «La transmisión de bienes y derechos patrimoniales», MESTRE DELGADO, J.F. (coord.), *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre...*, op. cit., p. 1113, señala, no obstante, que existen algunas excepciones a la regla de la delimitación física y jurídica de los bienes inmuebles y derechos reales. «En primer lugar, el art. 136.2 LPAP permite la enajenación de bienes a segregar de otros de titularidad de quien los enajene, o en trámite de inscripción o deslinde, no aplicándose así las normas indicadas. Y en segundo lugar, el art. 140 admite la enajenación de inmuebles cuya situación jurídica, aunque regularizada al estar debidamente deslindado e inscrito el bien, puede resultar alterada sustancialmente en virtud de la sentencia judicial que se dicte al haberse iniciado un proceso litigioso sobre el inmueble que pretende enajenar la Administración. Sin embargo, también aquí exige la LPAP (art. 140.1) el conocimiento de esta situación por los licitadores, en las subastas y concursos mediante la inclusión en el pliego de condiciones particulares, o por el adquirente del bien enajenado directamente, debiendo constar en el expediente (...)».



**CAPÍTULO VII. LA DIVISIÓN EN VOLÚMENES DEL  
DOMINIO PÚBLICO**



## **1. DIVISIÓN VERTICAL EN VOLÚMENES DE LA PROPIEDAD PÚBLICA DEMANIAL**

El Derecho urbanístico, con el propósito de conseguir más flexibilidad y eficacia consintió algunas fórmulas<sup>691</sup>, tales como la división en volúmenes de la propiedad pública, la cual permite la aplicación o sujeción, de cada uno de los volúmenes que componen una parcela, a regímenes jurídicos diferentes. Nos situamos así ante otro de los instrumentos existentes en la actualidad, que favorece la valorización del dominio público.

Por ello, conviene analizar su régimen jurídico ya que tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en el de los países de nuestro entorno supone una forma de rentabilizar el dominio público sin dañar la afectación.

### **1.1. RAZONES QUE DIERON LUGAR A LA PRÁCTICA DE DIVISIÓN EN VOLÚMENES**

La división en volúmenes de la propiedad demanial o la segregación vertical de parcelas es la estratificación de la propiedad que implica la creación de fincas separadas y autónomas mediante la división de las mismas: una primera, la superficiaria, de dominio público, y otra segunda, el subsuelo, que, tras su desafectación, se convierte en bien patrimonial. Sobre y debajo de la superficie se configuran objetos de derecho diferentes, susceptibles de titularidad diferenciada.

Como hemos advertido en otro lugar<sup>692</sup>, todo ello trae causa de la necesidad creciente de infraestructuras que demanda la sociedad, el incremento de espacios públicos, y la consiguiente presión sobre la ordenación del suelo y el subsuelo

---

<sup>691</sup> Puede observarse que, a pesar de la existencia de dicha finalidad de flexibilización, se ha dado entrada a escasas fórmulas.

<sup>692</sup> FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.A., «La división de la propiedad pública en el ámbito urbanístico», *Revista de Administración Pública*, núm. 78, 2010, pp. 157 y ss.



urbano<sup>693</sup>, que han originado fenómenos de división en volúmenes de la propiedad pública; en un intento por favorecer fórmulas novedosas de financiación y de gestión privada de obras públicas y de técnicas jurídicas que superen las dificultades ocasionadas por los instrumentos del dominio público, pero teniendo cuidado de no menoscabar los requerimientos del uso y del servicio público<sup>694</sup>.

El subsuelo urbano<sup>695</sup>, que puede aprovecharse mejor gracias a los grandes progresos de la técnica, es capaz de ser utilizado para muy variados usos y solucionar

---

<sup>693</sup> Como bien indica LÓPEZ PULIDO, J.P., en su trabajo «La ordenación del subsuelo urbano», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 278, 1998, p. 59, «Cada vez más y no sólo por aspectos demográficos, sino derivados de nuestro tejido industrial, comercial y viario, las ciudades reconducen su crecimiento urbanístico, por la falta y encarecimiento de los terrenos. Así, no son sólo los aparcamientos, bajo terrenos públicos y privados, los que son parte de nuestro entorno suburbano, con las galerías de servicios, sino que también existen vías bajo rasante para vehículos, que completan las redes de comunicaciones viarias con las de ferrocarriles, suburbanos o no. También ha pasado a formar parte de nuestro entorno la existencia de grandes superficies comerciales con plantas bajo rasante (aunque los exponentes más claros sean Les Halles y La Défense de París, también en nuestro país se dan)». LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M., «El subsuelo urbano en relación con el planeamiento urbanístico y con los artículos 348 y 350 del Código civil», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, p. 163, precisa: «En los momentos actuales resulta evidente el enorme valor económico alcanzado por el suelo de las ciudades, en especial en las urbes con mayor densidad poblacional, donde se precisa la construcción de viviendas y locales para el establecimiento de personas y empresas con toda la compleja red de infraestructuras que ello conlleva (...). Todas estas instalaciones precisan, como es lógico, de una superficie sobre la cual asentarse. A medida que el proceso de crecimiento de la ciudad mediante su ensanche va mostrando sus inconvenientes (...) parece seductora la posibilidad de "hundir" esos enormes edificios, volviendo la vista con interés hacia las posibilidades edificatorias que el subsuelo puede ofrecer».

<sup>694</sup> En este sentido, ARNAU ESTELLER A.J., *Los aparcamientos en el subsuelo municipal urbano*, Iustel, Madrid, 2007, p. 125.

<sup>695</sup> LÓPEZ PULIDO, J.P., «La ordenación del subsuelo urbano», *op. cit.*, p. 67, expone las diferencias o matices que presenta el subsuelo urbano respecto al subsuelo en general, que traen causa, fundamentalmente, del hecho de encontrarse bajo un suelo sometido a un régimen jurídico especial. Así, entre las características diferenciadoras enumera las siguientes: «a) Nos encontramos ante un recurso natural escaso, que debe ser objeto de inmediata ordenación a través de una planificación racional; b) Su destino debe afectarse a equipamientos o infraestructuras de interés público, que, por su naturaleza o condiciones, lo permita. Como muy bien se predica respecto del suelo, se podría decir que el subsuelo tiene vocación pública. Al igual que ocurre en el suelo urbano, también en el subsuelo, el propietario obtiene por el solo hecho de serlo, sin añadir actividad ni soportar riesgo alguno, un importante beneficio consistente en el aumento de valor que experimenta al incorporarse a la ciudad, como consecuencia de las decisiones que sobre el futuro de ésta adopta la comunidad que lo habita. Ese aumento de valor no ganado por el propietario, debe regresar a la comunidad y en ello reside el contenido esencial de la función social de la propiedad. Así se crean instrumentos jurídicos urbanísticos que como el aprovechamiento urbanístico permiten esa vía de retorno, dentro de un marco establecido, en cuanto a usos y estándares; c) Las características que conllevan las actuaciones en el subsuelo son especiales, teniendo en cuenta su irreversibilidad y el impacto en el entorno próximo y remoto; d) Ante los avances tecnológicos, que permiten aprovechamientos privados a gran profundidad, no podemos mantener la teoría del interés real como delimitadora de los derechos del propietario del suelo sobre el subsuelo, por lo que siempre será necesaria una delimitación legal de su derecho. Esta delimitación quedará configurada en el planeamiento o legalmente en la demanialización a partir de una determinada profundidad; e) La reflexión sobre el subsuelo urbano, si bien escasa, lo es sobre una realidad que en gran parte se desconoce, por los mínimos estudios centrados en el conocimiento preciso del sustrato

así muchos problemas urbanos, concentrados en la superficie<sup>696</sup>. Es cierto que, si bien inicialmente no se le había prestado particular atención, había ya un reconocimiento expreso del mismo como espacio susceptible de aprovechamiento para diferentes utilidades<sup>697</sup>.

Realmente, cada vez con más frecuencia y no sólo por cuestiones demográficas, sino también por las derivadas de nuestro tejido industrial, las ciudades intentan ampliar las posibilidades de crecimiento urbano, debido a la falta y al encarecimiento de los terrenos<sup>698</sup>.

## 1.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PRÁCTICA DE LA DIVISIÓN EN VOLÚMENES

Esta técnica, que permite nuevos aprovechamientos aptos para ser ejecutados sobre el terreno en sentido vertical sin afectar el destino o la utilidad pública, ha sido objeto de una larga evolución histórica.

---

*geofísico de la ciudad y su materialización planimétrica. Ello tiene una clara repercusión en relación a las técnicas de intervención que se quieren aplicar».*

<sup>696</sup> Sobre el tema, véase ALEGRE ÁVILA, J.M., *Subsuelo: hecho y derecho. Planteamiento tradicional, estudio jurisprudencial y reconstrucción técnica del régimen jurídico del subsuelo*, Thomson. Aranzadi, Ávila, 2008. Asimismo, NOGUERA DE LA MUELA, B., «El subsuelo. Tramos urbanos y estaciones», MONTORO CHINER, M.J. (coord.), *Las infraestructuras ferroviarias del III milenio...*, op. cit., pp. 201 y ss.

<sup>697</sup> ALEGRE ÁVILA, J.M., «El subsuelo», CANO CAMPOS, T. (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo, Tomo IV. Ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente*, Iustel, Madrid, 2009, p. 198, indica: «El subsuelo, esto es, las porciones o volúmenes que se hallan debajo de la superficie del terreno o suelo en sentido estricto, no ha sido tradicionalmente objeto de una particular atención por la legislación urbanística. Más allá de la genérica mención del artículo 1 TRLS/1976 (...) y hasta la irrupción de la normativa autonómica, casi el único texto que hacía referencia a su utilización, a fin de disponer la sujeción a previa licencia, era el núm. 15 del artículo 1 del Reglamento de Gestión de 1978, que, en concreto, aludía a “las instalaciones subterráneas dedicadas a aparcamientos, actividades industriales, mercantiles o profesionales, servicios públicos o cualquier otro uso a que se destine el subsuelo”. Esto es, había un reconocimiento expreso del subsuelo como espacio susceptible de aprovechamiento para diferentes utilidades, ya vinculadas a los usos o construcciones ubicados en el suelo (garajes, trasteros), ya ligados a la ejecución de distintas obras públicas, de competencia municipal (aparcamientos, cualquiera que fuera, a su vez, el modo de explotación de éstos, canalizaciones), o de otras Administraciones públicas».

<sup>698</sup> NOGUERA DE LA MUELA, B., voz «Subsuelo», GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (coord.), *Diccionario de obras públicas y bienes públicos...*, op. cit., p. 704, indica: «Es conocido por todos que, ciertamente el uso y disfrute del subsuelo es una realidad creciente, que va más allá de los usos convencionales como aparcamientos de las propias viviendas, sótanos, redes, galerías de servicios, túneles, metros, etc., alcanzando a usos comerciales, de oficinas, hotelero, de espectáculos y ocio, de tipo deportivo, así como con ocasión del trazado del Tren de Alta Velocidad (TAV), que a su entrada en diferentes ciudades conlleva necesariamente mover un volumen enorme de tierras, debiéndose construir también los correspondientes túneles, viaductos y estaciones».

### 1.2.1. La regla contenida en el art. 350 del Código civil

Debe tenerse en cuenta que el problema de la determinación de la extensión de la propiedad en sentido vertical, se ha resuelto, en un primer momento, acudiendo simplemente al art. 350 del C.c., que dispone: «*El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las Leyes sobre Minas y Aguas y en los reglamentos de policía*»; y al viejo aforismo de *cuis est solum eius est usque ad sidera (el usque ad coelum), usque ad inferos*, por lo que el dominio del propietario del suelo sobre el subsuelo, se extendía en profundidad indefinidamente<sup>699</sup>, es decir, el fundo, la finca, se delimitaba verticalmente, en la terminología tradicional, hasta el cielo y los infiernos<sup>700</sup>.

Por ello, para poder responder hasta qué altura o profundidad puede el propietario ejercer la facultad de ocupar el espacio superior y el subsuelo, debe comenzarse el análisis tanto por el C.c. como por el citado aforismo<sup>701</sup>.

Todavía en la actualidad el art. 350 del C.c. sigue siendo la norma básica para dar respuesta a los problemas del subsuelo, aunque ha puesto de manifiesto la doctrina que el precepto es insuficiente para resolver los conflictos entre intereses públicos y privados que pueden producirse. El mencionado artículo atribuye al dueño de la superficie de un terreno la propiedad de lo que está debajo de ella, aunque esta propiedad no se extiende ilimitadamente, pues deben tenerse en cuenta las previsiones

---

<sup>699</sup> PÉREZ CÁNOVAS, N., «Problemas actuales en torno a la delimitación vertical de la propiedad sobre inmuebles por naturaleza», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 586, 1998, p. 740, aclara que la ausencia de límites precisos en sentido vertical para la propiedad fundiaria es una característica física que diferencia a los bienes inmuebles de los muebles; en éstos, los límites vienen dados por su naturaleza».

<sup>700</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil español, vol. III, Derecho de bienes*, Edisofer, Madrid, 2004 y CASTÁN TOBEÑAS, J., «La propiedad y sus problemas actuales», Reus, Madrid, 1962, pp. 451 y ss.

<sup>701</sup> A pesar de ello, sí es cierto que con anterioridad a la promulgación del C.c. de 1889, el Decreto-Ley de 29 de diciembre de 1868, que estableció las bases generales para la nueva legislación de minas, ya regulaba la cuestión, atribuyendo todo el subsuelo al dominio del Estado. El art. 6 señalaba: «*El suelo podrá ser de propiedad particular o de dominio público, y el dueño nunca pierde el derecho sobre él, ni a utilizarlo, salvo caso de expropiación; el subsuelo se halla originariamente bajo el dominio del Estado y éste podrá, según los casos y sin más regla que la conveniencia, abandonarlo al aprovechamiento común, cederlo gratuitamente al dueño del suelo, o enajenarlo mediante un canon a los particulares o asociaciones que lo soliciten; pero todo ello con sujeción estricta a lo que determinan los artículos siguientes.*»

contenidas en las leyes de minas<sup>702</sup>, aguas<sup>703</sup>, que fueron desde el primer momento marginadas, y en los reglamentos de policía, identificándose hoy a éstos últimos con el ordenamiento urbanístico<sup>704</sup>.

La doctrina nunca ha aceptado bien aquel aforismo<sup>705</sup> y el Tribunal Supremo también se ha pronunciado sobre la necesidad de mantener una interpretación restrictiva del mismo<sup>706</sup>; aunque lo cierto es que, a pesar de ello y de que el poder jurídico que

---

<sup>702</sup> El art. 34 de la Ley de Minas establece que cualquier persona natural o jurídica, que reúna determinados requisitos, podrá obtener autorización para utilizar una estructura subterránea.

<sup>703</sup> La Ley de Aguas de 1985 declaraba de dominio público los acuíferos subterráneos (art. 2), que definía como formaciones geológicas por las que circulan aguas subterráneas. Actualmente, el Texto Refundido de 2001 se refiere, en el art. 2, a las aguas que constituyen el dominio público hidráulico, afirmando que están incluidas las aguas continentales subterráneas renovables, con independencia del tiempo de renovación.

<sup>704</sup> NOGUERA DE LA MUELA, B., voz «Subsuelo», GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (coord.), *Diccionario de obras...*, op. cit., p. 711, explica que existen «tanto, unas excepciones legales al principio de plenitud del dominio sobre el subsuelo y aquéllas, se deben: a) A la existencia de otras propiedades públicas (agua, minas, bienes de valor arqueológico) o privadas (aparcamiento particular, un tesoro); b) A la existencia de servidumbres, que por lo general se imponen por razón de las redes de servicios municipales, protección de las vías de comunicación y redes de telecomunicación. A este respecto, la Ley del Sector Ferroviario de 2003 recurre, igual que la Ley de Carreteras de 1988, al sistema tradicional de establecer sucesivas franjas de terreno paralelas al trazado de las líneas ferroviarias en las que los usos del suelo y demás actividades se someten a autorización administrativa».

<sup>705</sup> Es interesante la reflexión al respecto de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., en *Estudios de Derecho Ambiental y Urbanístico. La propiedad urbanística del suelo, el vuelo y el subsuelo*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 127, «Es general también en la doctrina española, lo mismo que en la extranjera, el rechazo del manido aforismo medieval «usque ad sidera, usque ad ínferos», que, sin embargo, como ocurre siempre con los tópicos gratos al oído y favorables al propio interés, sigue firmemente arraigado en las conciencias de los propietarios, lo que «hic et nunc» es tanto como decir de la sociedad entera, porque quienes no lo son están muy lejos de haber renunciado a la posibilidad de serlo y operan, por lo tanto, con los mismos esquemas». Asimismo, PÉREZ CÁNOVAS, N., «Problemas actuales en torno a la delimitación...», op. cit., p. 738, señala que ha sido suficientemente demostrado que no corresponde atribuirle al derecho de propiedad la formulación de una extensión exorbitada de la propiedad, *usque ad coelum o ad sidera y usque ad ínferos o ad profundum*.

<sup>706</sup> Puede citarse, como ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 3 de abril de 1984 -RJ 1924- que aclara: «si bien es cierto que el art. 350 del C.c. está previsto para proteger el derecho de propiedad, es el propio precepto el que admite limitaciones al dominio, sus términos no pueden en los actuales tiempos, dado el progreso de la técnica, mantenerse de una forma rigorista y absoluta, cuando las relaciones de vecindad, principalmente en los grandes núcleos de población, exigen la acomodación de técnicas constructivas a los nuevos adelantos universalmente aceptados, de aquí que tanto en razón de ello, como por las relaciones de vecindad, de las cuales es claro exponente el art. 569 del C.c. las que han de tender a suavizarse, la interpretación del precepto, sin merma de los derechos dominicales, pero sin exagerados proteccionismos, sobre todo en los casos de inmisión, cuando, como consecuencia de ella, no se hayan derivado perjuicios, (...) cuando la realidad probada acredita que ningún perjuicio ha sufrido el actor como consecuencia de la inmisión, el que a la vista de su resultado, no puede pretender la tutela del precepto, lo que supondría una aplicación del mismo amparadora de situación que traspasa considerablemente el interés protegible del dueño, con merma de las normales relaciones de vecindad y convivencia». No obstante, algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo no aplicaban la regla del art. 350 C.c., sino la normativa anterior, en virtud de la cual todo el subsuelo pertenecía al dominio del Estado. Así, en la Sentencia de 4 de diciembre de 1906 se negaba al propietario del suelo el dominio

ejerce el propietario sobre su terreno haya sido limitado espacialmente como consecuencia de la función social a la que se adscriben los predios, «*la vieja sombra del aforismo medieval, tan arraigada en nuestra mentalidad, sigue ejerciendo su influencia*», tal y como ha concluido FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>707</sup>.

Debe señalarse que, a pesar de que el art. 350 del C.c. no se refiere expresamente al espacio aéreo, que se superpone a la superficie; el origen de la norma y la tradición, así como la interpretación usual, suponen implícito en dicho precepto la extensión del poder del propietario del suelo también al vuelo. Ciertamente, aun cuando la tradición romanista seguía el mismo criterio tanto hacia abajo como hacia arriba, el art. 350 no contiene mención alguna del espacio aéreo.

Sin embargo, según los análisis doctrinales que parecen mejor fundados, el espacio aéreo no es una cosa ni forma una cosa juntamente con el suelo y el subsuelo<sup>708</sup>.

### 1.2.2. El criterio del interés

A pesar de no aportar soluciones definitivas a la cuestión, el debate ha servido de pretexto para una extensa discusión acerca de los límites verticales del suelo, fondo o terreno.

Tomando como referencia la obra de IHERING<sup>709</sup>, la doctrina y la jurisprudencia entendieron que, además de los límites recogidos de forma expresa en el art. 350 (agua, minas, reglamentos de policía, etc.) hay un límite natural que deriva de la noción misma del derecho de propiedad. Y ese límite lo constituye el interés razonable

---

sobre la zona subterránea, ocupada por el túnel construido por una empresa concesionaria de ferrocarriles; y en la Sentencia de 11 de marzo de 1920 se alcanzaba la misma conclusión, con motivo de la construcción del metro de Madrid.

<sup>707</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Estudios de Derecho Ambiental y Urbanístico...*, op. cit., p. 144.

<sup>708</sup> MONTÉS PENADÉS, V., «Artículo 350», *Comentario al Código civil*, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.; DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.; BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), Ministerio de Justicia, Madrid, 2011, p. 983, indica: «*No debe ponerse en duda un derecho exclusivo del propietario a la libre disponibilidad del espacio aéreo, que tendrá además apoyo en una larga tradición que arrancarían de los textos romanos*».

<sup>709</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código civil español*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1934, p. 156, explica que la teoría preconizada principalmente por Ihering consiste en afirmar que el derecho de propiedad no es un señorío absoluto, sino que su extensión tiene por medida sus fines, que se reducen a garantizar el ejercicio de la actividad económica de su titular; el dominio del suelo debe entenderse, pues, por el espacio y por el subsuelo hasta donde sea requerido por el interés del propietario, en relación al uso que se pueda hacer del fondo de que se trate, en las condiciones actuales del arte y de la industria humana.

del propietario<sup>710</sup>, determinado por la posibilidad real de utilizar el subsuelo, delimitado a su vez por la función social (art. 33.2 de la CE), y por la interdicción del abuso del derecho (art. 7.2 del C.c.) que impide que aquél rechace el uso del subsuelo, cuando tal no le cause ningún perjuicio<sup>711</sup>. Por este motivo, tratándose de suelo privado, es el interés real y legal del titular, el que delimita el subsuelo que le pertenece. En cambio, en el caso del suelo público, es el interés público el que delimita la afectación del subsuelo<sup>712</sup>.

---

<sup>710</sup> También en Derecho comparado se ha aceptado esta teoría del interés, afirmándose que la superficie no se extiende ilimitadamente por todo el subsuelo, sino que alcanza hasta donde llega, precisamente, el interés del propietario. En Derecho francés, es el art. 552 del *Code civil* el que se encarga de regular la cuestión estableciendo que: «*La propriété du sol emporte la propriété du dessous. Le propriétaire peut faire au-dessous toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre "Des servitudes ou services fonciers". Il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police*». Aunque se observa la influencia del mismo sobre el art. 350 de nuestro C.c., existen algunas diferencias. El art. 552 no está incluido en la parte general del Título II, *De la propriété*, sino en el Capítulo segundo, *Du droit d'accession sur ce qui s'unit et s'incorpore à la chose*, mientras que en el Derecho español aparece en el Capítulo primero, *De la propiedad en general*. Además, el art. 552 sólo establece una presunción *iuris tantum* a favor del propietario del suelo, en virtud de la cual puede disponer a título gratuito u oneroso del suelo o subsuelo, no conservando más que la propiedad del suelo. En cuanto al Derecho italiano, es el art. 840 del *Codice civile*, el que dispone, bajo la rúbrica *Sottosuolo e spazio sovrastante*, que: «*La proprietà del suolo si estende al sottosuolo, con tutto ciò che vi si contiene, e il proprietario può fare qualsiasi escavazione od opera che non rechi danno al vicino. Questa disposizione non si applica a quanto forma oggetto delle leggi sulle miniere, cave e torbiere (826). Sono del pari salve le limitazioni derivanti dalle leggi sulle antichità e belle arti, sulle acque, sulle opere idrauliche e da altre leggi speciali (Cod. Nav. 714 e seguenti). Il proprietario del suolo non può opporsi ad attività di terzi che si svolgano a tale profondità nel sottosuolo o a tale altezza nello spazio sovrastante, che egli non abbia interesse ad escluderle (Cod. Nav. 823)*». De esta manera, se puede ver que también en este caso está presente el interés como límite al derecho del propietario.

<sup>711</sup> ALEGRE ÁVILA, J.M., «El subsuelo», *Lecciones y materiales...*, *op. cit.*, p. 200, sintetiza la secuencia empleada por MONTES PENADES para explicar la teoría del interés:

- «El subsuelo es aquella porción que se encuentra más allá de la susceptibilidad de utilización por parte del propietario.
- Éste no ostenta un derecho de propiedad en relación con aquél, sino, al igual que ocurre respecto del espacio aéreo un derecho de utilización.
- Este derecho de utilización, inspirado en el criterio del interés, faculta al dueño del suelo para excluir la eventual intervención de terceros en atención a las expectativas de un cambio de destino del fundo que, en los límites de la técnica actual, permita dar un impulso a la productividad de aquél.
- En consecuencia, el propietario del suelo tiene un derecho potencial sobre el subsuelo».

<sup>712</sup> Así lo explica SAINZ MORENO, F., «El subsuelo urbano», *Revista de Administración Pública*, núm. 122, 1990, p. 154, quien además se cuestiona qué sucede más allá. «¿Hasta dónde es necesario que sea público el subsuelo de una calle? ¿Es ilimitado el subsuelo público? La cuestión tiene hoy una trascendencia práctica importante, porque si el criterio de la afectación delimita el subsuelo público, más allá de ese límite el subsuelo tendría valor de bien patrimonial y sería, por ello, susceptible de apropiación privada».

No obstante, no se puede cristalizar el interés en abstracto ni precisar una medida constante que acote el contenido de la propiedad. Así, señala MONTES PENADES<sup>713</sup> que: «*Puede pensarse que la propiedad queda potencialmente ilimitada en tanto que el propietario tenga un interés efectivo en oponerse a las actividades de los terceros. Y esta facultad de oposición será ineficaz cuando falte el interés. Es evidente que el interés puede faltar en un momento determinado como consecuencia de una determinada forma de disfrute del suelo o con referencia a una cierta actividad del tercero y puede no faltar si cambia la forma de disfrute o la actividad del tercero*».

Por ello, la esfera de libertad de elección del propietario no puede constituir el paradigma referencial para resolver los conflictos de inmisiones en el subsuelo y en el espacio superior al fondo, pues ese interés del propietario se determina en referencia al destino posible del bien en función de su naturaleza jurídica, donde hay, sin duda, un margen de discrecionalidad en la actuación del contenido del derecho, pero no coincide con todas las elecciones que el propietario puede considerar, a su juicio, ventajosas<sup>714</sup>.

### **1.2.3. El subsuelo en la primera jurisprudencia contencioso-administrativa y en la jurisprudencia civil**

La jurisprudencia, tanto civil, como contencioso-administrativa, refleja las dudas en el tratamiento de la cuestión<sup>715</sup>.

La antigua jurisprudencia contencioso-administrativa (entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo, de 4 de diciembre de 1906; de 1 de febrero de 1909 y de 11 de marzo de 1920) negaba acción al propietario particular de un fondo para oponerse a la construcción de túneles que discurrían a suficiente profundidad de la superficie de su finca; más aún cuando el propietario que esgrimía una negativa de esta índole era una Administración pública.

Esto se confirma en una sentencia bastante posterior, en la que se afirmaba de manera inequívoca que el subsuelo integraba el terreno o fondo y, en consecuencia, que el dueño de éste extendía y, precisamente, en la condición con que lo ostenta, su dominio a las porciones que se hallaban debajo de la superficie. La sentencia del

---

<sup>713</sup> MONTES PENADES, V., «Artículo 350», *Comentario...*, *op. cit.*, p. 984

<sup>714</sup> Así lo explica PÉREZ CÁNOVAS, N., «Problemas actuales en torno a la delimitación...», *op. cit.*, p. 744, quien argumenta que es arriesgado afirmar tajante que la teoría del interés haya perdido todo su valor, pero sí cree conveniente mirarla con desconfianza y precaución.

<sup>715</sup> ALEGRE ÁVILA, J.M., «El subsuelo», *Lecciones y materiales...*, *op. cit.*, pp. 204 y ss.

Tribunal Supremo, de 13 de diciembre de 1988 -RJ 1988/9384-, ilustrativa de esta realidad, sostenía, en su Fundamento Jurídico cuarto, que: *«El aprovechamiento del subsuelo de la tan repetida plaza por parte de la Corporación municipal es una facultad que les asiste como titular del dominio público sobre la misma en aplicación “mutatis mutandis” del artículo 350 del C.c. por lo que en tanto la superficie ocupada por los inmuebles expropiados en 1962 siga cumpliendo la misma finalidad que determinó su adquisición coactiva y subsista, por tanto, la afectación, no puede nacer derecho alguno de reversión. Carece igualmente de conexión con el derecho ejercitado la invocación que se hace del art. 66 del Reglamento de Expropiación pues, como ya se vio antes, este precepto es complementario del caso previsto en el art. 63,a), del propio Reglamento, no del contemplado en el artículo 63,b) en el que se pretende apoyar infructuosamente la petición dirigida al Ayuntamiento de Santander».*

También revela esta concepción la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 30 de octubre de 2002, que reitera la de 11 de marzo de 1998. La impugnación versaba sobre un acuerdo municipal que había procedido a la alteración de la calificación de una finca integrada por *«el espacio cúbico inferior correspondiente al subsuelo, computado a partir de la rasante»*, tras lo cual se había inscrito como bien patrimonial en el inventario municipal. El pronunciamiento declara la disconformidad a Derecho de la referida alteración porque el Plan General sólo permitía la construcción de aparcamientos subterráneos, *«por medio de concesiones administrativas o por empresa pública»* en el subsuelo de las fincas destinadas a jardines públicos y plazas, de suerte que la actuación llevada a cabo únicamente podía efectuarse mediante una modificación del planeamiento.

La jurisprudencia civil, por su parte, salvo una aislada decisión<sup>716</sup>, consideraba el carácter unitario de la propiedad fundiaria, comprensiva del subsuelo, como un prejuicio o sobreentendido. La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, núm. 577, de 16 de junio de 1998 -RJ 1998/5056- refleja este carácter unitario al afirmar, en su Fundamento Jurídico segundo, que *«El principio que rige en materia de accesión es el de “superficies solo cedit”: el suelo (que incluye el subsuelo) es la cosa principal y el derecho de propiedad sobre el mismo se extiende a lo construido (como puede ser locales y garaje en sótanos) en él; así lo recoge el artículo 358 del C.c.: lo edificado (estos locales y garaje en sótano)... en predios ajenos... pertenecen al dueño de los mismos...».*

---

<sup>716</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1930 había afirmado que el sótano constituía un bien inmueble distinto de la edificación suprayacente.



#### 1.2.4. Régimen urbanístico del subsuelo

##### A) Consideraciones previas: la función social de la propiedad

Antes de abordar la disciplina urbanística del subsuelo, hay que hacer referencia, al menos brevemente, al concepto de función social de la propiedad, al que ya aludíamos anteriormente, el cual implica una profunda modificación de la estructura y del contenido de la propiedad<sup>717</sup>, pues sin él no se puede entender el cambio de un derecho de propiedad absoluto a su configuración urbanística.

El punto de inflexión del planteamiento civilista clásico es la formulación *iuspublicista* de la propiedad, que trae consigo el reconocimiento de la existencia de límites que configuran el derecho “desde dentro”, con un carácter constitutivo que es inmanente al propio derecho. Nace así la teoría de la propiedad como derecho-deber en la que frente a la tesis tradicional del derecho subjetivo, el deber nace de la función social interna a la propiedad.

El art. 33.2 de la CE, al señalar que «*La función social de la propiedad delimitará su contenido de acuerdo con las leyes*», sitúa la función social como elemento constitutivo de la propiedad y centro de gravedad del derecho<sup>718</sup>, y no un

---

<sup>717</sup> BARNÉS VÁZQUEZ, J., *La propiedad constitucional. El Estatuto jurídico del suelo agrario*, Civitas, Madrid, 1988, p. 80, «*La propiedad constitucional se compone de la suma de dos elementos perfectamente compenetrados: 1. La utilización, aprovechamiento o explotación de los bienes -sin intermediario alguno, a diferencia de los restantes derechos reales-, constituye el “cuerpo” del derecho y la mejor garantía jurídico-patrimonial de las libertades. 2. Y la función social, que representa el “espíritu” interno de la estructura propietaria. Y se traduce en el acceso al disfrute de los bienes; en otros términos, la dirección o sentido en que ha de circular tal aprovechamiento es aquel que permita a los demás una mayor participación en la vida económica. Por ello, puede avanzarse la hipótesis de que el derecho de propiedad es un poder funcional, es decir, una facultad o poder de aprovechamiento y utilización de bienes, sin intermediario alguno, que garantizándole en sus libertades, al mismo tiempo permita con su ejercicio difundir el beneficio social que se deriva de la explotación de aquéllos. De tal modo, que la posición del dominus reside en un goce cualificado de una función*».

<sup>718</sup> BARNÉS VÁZQUEZ, J., «España. El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978», BARNÉS VÁZQUEZ, J. (coord.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 40-41, «*La función social del derecho de propiedad delimitará su contenido, afirma gráficamente el art. 33.2 de la CE; esto es, le dará la medida, conformará su contenido. La función social constituye el espíritu interno del derecho de propiedad. Representa una suerte de título habilitante para disciplinar el régimen jurídico de cada forma de propiedad al tiempo que constituye la medida o el criterio básico para delinear desde su interior cuál sea el conjunto de deberes y facultades que lo integran, de modo que se asegure un ejercicio social del derecho. La llamada función social no consiste, pues, en una mera prohibición de abuso del derecho o en la interdicción de un ejercicio antisocial del mismo*».

simple factor externo que, conforme a la tradición liberal, incida desde fuera del derecho para limitar utilidades o facultades individuales de su titular<sup>719</sup>.

### ***B) Ámbito competencial***

En materia de Urbanismo, existen competencias concurrentes en las que actúan diferentes niveles del Estado, en cuanto a los órganos constitucionales y las Administraciones públicas<sup>720</sup>.

Como afirma el Tribunal Constitucional, en su Sentencia núm. 61/1997, de 20 de marzo de 1997, -recursos de inconstitucionalidad núms. 2477/1990, 2479/1990, 2481/1990, 2486/1990, 2487/1990 y 2488/1990-, en su Fundamento Jurídico sexto, *«El orden constitucional de distribución de competencias ha diseccionado ciertamente la concepción amplia del Urbanismo que descansaba en la legislación anterior a la Constitución de 1978, pues no es posible desconocer, como se ha dicho, que junto a la atribución de la competencia urbanística a las Comunidades Autónomas, el art. 149.1 de la Constitución reconoce al Estado la competencia, también exclusiva, sobre las condiciones básicas de ejercicio de los derechos constitucionales o la legislación sobre expropiación forzosa, o el sistema de responsabilidad o el procedimiento administrativo común, por citar algunos de los instrumentos de los que el Urbanismo, con esa u otra nomenclatura, suele hacer uso. Pues bien, expuesto lo anterior, ha de afirmarse que la competencia autonómica exclusiva sobre Urbanismo ha de integrarse sistemáticamente*

---

<sup>719</sup> La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 37/1987, de 26 de marzo, -recurso de inconstitucionalidad núm. 685/84-, sobre la Ley de Reforma Agraria de Andalucía establece, en su Fundamento Jurídico segundo, *«La referencia a la función social como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes»*. No es igual la función social que desempeñan todo tipo de bienes, cualquiera que sea su naturaleza, pues como advierte la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 149/1991, de 4 de julio, -recursos de inconstitucionalidad núms. 1689/1988; 1708/1988; 1711/1988; 1715/1988; 1717/1988; 1723/1988; 1729/1988 y 1740/1988-, en su Fundamento Jurídico tercero, *«La función social de la propiedad con arreglo a la cual las leyes han de delimitar el contenido propio de ésta, opera, en efecto, no sólo en abstracto, por así decir, para establecer el contenido de la institución constitucionalmente garantizada, sino también, en concreto, en relación con las distintas clases de bienes sobre los que el dominio recae»*.

<sup>720</sup> LÓPEZ PULIDO, J.P., «La ordenación del subsuelo urbano», *op. cit.*, p. 73.

*con aquéllas otras estatales que, si bien en modo alguno podrían legitimar una regulación general del entero régimen jurídico del suelo, pueden propiciar, sin embargo, que se afecte puntualmente a la materia urbanística (establecimiento de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad urbana, determinados aspectos de la expropiación forzosa o de la responsabilidad administrativa). Pero ha de añadirse, a renglón seguido, que no debe perderse de vista que en el reparto competencial efectuado por la Constitución es a las Comunidades Autónomas a las que se ha atribuido la competencia exclusiva sobre el Urbanismo, y por ende es a tales Entes públicos a los que compete emanar normas que afecten a la ordenación urbanística, en el sentido más arriba expuesto».*

Así, globalmente las técnicas urbanísticas y los principios generales de la actuación urbanística desarrollados por y para la regulación del suelo, resultan aplicables al subsuelo con ciertas matizaciones, con peculiaridades propias<sup>721</sup>.

Por ello, conviene que distingamos, por un lado, cuál ha sido la regulación llevada a cabo en la materia por el Estado y, por otro, qué previsiones contienen las normas autonómicas, puesto que, tras la citada Sentencia, son estas últimas quienes dictan las normas a las que debemos atenernos.

### **C) La legislación urbanística estatal**

El Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, hoy derogado, al perseguir la ordenación de todo el territorio nacional, no se limitaba a establecer las bases de la ordenación urbana, de la ciudad. Determinaba, en su art. 3.2., que la competencia urbanística concerniente al planeamiento comprendía la facultad de: *«limitar el uso del suelo y subsuelo y de las edificaciones»*. Por primera vez se recogían en un mismo precepto los ámbitos de suelo y subsuelo, diferenciándose de las edificaciones. Este artículo se completaba con el art. 242.2, que también introducía la referencia al subsuelo, cuando afirmaba: *«Estarán sujetos igualmente a previa licencia los actos de uso del suelo y el subsuelo, tales como las parcelaciones urbanas, los movimientos de tierra, las obras de nueva planta, modificación de estructura o aspecto exterior de las edificaciones existentes, la primera utilización de los edificios y la*

---

<sup>721</sup> NOGUERA DE LA MUELA, B., Voz «Subsuelo», GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (coord.), *Diccionario de obras públicas y bienes públicos...*, op. cit., pp. 704 y ss., *«En este sentido, la ordenación del subsuelo va a efectuarse por las determinaciones de carácter general que se incluyen en los Planes de Ordenación Urbanística Municipal, pero fundamentalmente por la ordenación efectuada mediante Planes Especiales Urbanísticos»*.

*modificación del uso de los mismos, la demolición de construcciones, la colocación de carteles de propaganda visibles desde la vía pública y los demás actos que señalaren los Planes».*

La Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones guardaba silencio sobre las potestades urbanísticas de ordenación del subsuelo. Sin embargo, dicho subsuelo no quedaba fuera de su alcance, como la denominación de la norma podía equívocamente sugerir. Así, cuando entre los objetivos y finalidades de la Ley se incluía la ordenación del uso de los terrenos y construcciones, se estaba haciendo una interpretación amplia del concepto de terreno, realizando una ordenación integral del mismo, que necesariamente había de incluir el subsuelo.

Conviene señalar que la legislación estatal del suelo contiene concretas referencias al subsuelo incluidas con ocasión del dictado de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo. El hilo conductor de aquéllas era la consideración del subsuelo como integrante del derecho de dominio del propietario del suelo o terreno (arts. 17, *Formación de fincas y parcelas y relación entre ellas*; y 35 y 36 configuradores del capítulo III, que llevaba por rúbrica *Derecho de superficie*). Esta regulación ha pasado, en la actualidad, respectivamente, a los arts. 17, 40 y 41 del Real Decreto-Legislativo 2/2008, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo.

#### **D) La legislación urbanística autonómica**

A partir de este texto, la mayor parte de la legislación autonómica, promulgada tras la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 61/1997, de 26 de marzo, identifica el Urbanismo como la función pública que alcanza la ordenación, transformación y control del uso del suelo, subsuelo y vuelo; la urbanización y edificación incluye también el subsuelo; aparecen planes especiales de ordenación del subsuelo, y entre los actos sujetos a licencia están los realizados en el subsuelo. Son, por tanto, las legislaciones urbanísticas de las Comunidades Autónomas, las que tienen la palabra en materia de subsuelo<sup>722</sup>.

Son numerosas las alusiones que se hacen al vuelo y al subsuelo en la normativa autonómica. Destacamos algunas de ellas:

---

<sup>722</sup> NOGUERA DE LA MUELA, B., Voz «Subsuelo», GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (coord.), *Diccionario de obras...*, op. cit., p. 714.

- a) Andalucía. La Ley 7/2012, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, establece en su art. 1, que el objeto de la norma es: *«(...) la regulación de la actividad urbanística y el régimen de utilización del suelo, incluidos el subsuelo y el vuelo, en la Comunidad Autónoma de Andalucía»*. Asimismo, el art. 49.3, bajo la rúbrica *«Principios generales del régimen urbanístico legal de la propiedad del suelo»*, dispone, en su apartado tercero: *«El uso urbanístico del subsuelo se acomodará a las previsiones del Plan General, quedando en todo caso su aprovechamiento subordinado a las exigencias del interés público y de la implantación de instalaciones, equipamientos y servicios de todo tipo. La necesidad de preservar el patrimonio arqueológico soterrado, como elemento intrínseco al subsuelo, supondrá la delimitación de su contenido urbanístico, y condicionará la adquisición y materialización del aprovechamiento urbanístico atribuido al mismo por el instrumento de planeamiento. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el instrumento de planeamiento no precise el aprovechamiento atribuido al subsuelo, éste se presumirá público»*. El art. 169.1 a) sujeta a licencia urbanística municipal *«los actos de construcción o edificación e instalación y de uso del suelo, incluidos el subsuelo y el vuelo»*.
- b) Aragón. La Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón, señala que el objeto de la norma consiste en: *«regular la actividad urbanística y el régimen urbanístico del suelo, el vuelo y el subsuelo en la Comunidad Autónoma de Aragón»*. Asimismo, el art. 54.3, en la redacción dada por la Ley 4/2013, de 23 de mayo, por la que se modifica la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón, dispone que las reservas mínimas que habrán de respetar los planes parciales comprenden: *«Una plaza de aparcamiento por vivienda o unidad de reserva. Deberá localizarse al menos la cuarta parte de las plazas resultantes en espacio de uso público, incluidos el subsuelo de redes viarias y espacios libres, siempre que no se menoscabe el uso de los mismos; y b) En sectores de uso industrial o terciario: El número mínimo funcional de estacionamientos de turismos y de vehículos pesados justificados conforme a los usos previstos, con un mínimo normativo de una plaza de aparcamiento por unidad de reserva. Se localizará al menos la mitad de las plazas resultantes en espacio de uso público, incluidos el subsuelo de redes viarias y espacios libres, siempre que no se menoscabe el uso de los mismos»*.
- c) Asturias. El Decreto-Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que

se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y Urbanismo, establece, en su art. 59.2 h), que, entre las determinaciones de carácter general de los Planes Generales de Ordenación, se contendrán: *«Previsiones respecto de los bienes y obras de dominio público, así como las áreas de protección y servidumbre que les sean propias, conforme a su legislación reguladora. En especial, señalamiento de los usos e intensidades de los bienes demaniales, así como la compatibilidad de usos distintos previstos para el subsuelo y el vuelo».*

- d) Islas Baleares. La Ley 10/1990, de 23 de octubre, de Disciplina Urbanística contiene referencias al subsuelo en varios de sus preceptos. Así, el art. 2 somete a licencia previa, sea cual sea la naturaleza del dominio del suelo donde se pretendan realizar: *«5. Las actividades extractivas de minerales, líquidos, de cualquier otra índole, así como las de vertidos en el subsuelo. 12. Las instalaciones subterráneas dedicadas a aparcamiento, actividades industriales, mercantiles o profesionales, servicios públicos o de cualquier otro uso al que se destine el subsuelo».*
- e) Canarias. El Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, contiene varias previsiones al respecto. Entre ellas, pueden citarse las contenidas en los siguientes artículos: art. 166, enumera entre los actos sujetos a licencia urbanística *«las construcciones e instalaciones que afecten al subsuelo»*; art. 173, dispone: *«En el ejercicio de sus funciones, los inspectores tendrán, a todos los efectos, la condición de agentes de la autoridad, estando facultados para requerir y examinar toda clase de documentos relativos al planeamiento y su ejecución, comprobar la adecuación de los actos de transformación, construcción, edificación y uso del suelo y subsuelo a la normativa de ordenación de los recursos naturales, territorial y urbanística aplicable y obtener la información necesaria para el cumplimiento de su cometido. Las administraciones públicas y los particulares estarán obligados a prestarles la colaboración que precisen»*; y art. 180, excluye de la limitación temporal para adoptar las medidas cautelares y definitivas de protección de la legalidad y de restablecimiento del orden jurídico perturbado los actos *«de construcción, edificación o uso del suelo y subsuelo...»*, si se dan algunas de las circunstancias enumeradas.

- f) Cantabria. La Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, cita en su art. 59, entre el contenido de los planes especiales la *«protección del subsuelo, en especial el que afecte a estructuras y yacimientos arqueológicos»*.
- g) Castilla-La Mancha. El Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha ya en su disposición preliminar prevé: *«Suelo: el recurso natural, tierra o terreno utilizado y el artificial, construido para la materialización del aprovechamiento urbanístico. En cuanto objeto de ordenación y aprovechamiento, el suelo comprende siempre, junto con la superficie, el suelo y el subsuelo precisos para realizar dicho aprovechamiento o proceder a su uso. Cuando la ordenación territorial y urbanística no atribuya aprovechamiento urbanístico al subsuelo, éste se presume público»*.
- h) Castilla y León. El art. 2.1 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León dispone que: *«La actividad urbanística es una función pública que tiene por objeto la ordenación, la transformación, la conservación y el control del uso del suelo, incluidos el subsuelo y el vuelo, y en especial su urbanización y edificación»*. Asimismo, el art. 38, al abordar la calidad urbana y cohesión social, afirma en el apartado 3, como previsión para que el planeamiento procure mejorar la calidad de vida, que *«en suelo urbano no consolidado y suelo urbanizable, el aprovechamiento del subsuelo no superará un 20 por ciento del permitido sobre rasante, salvo para aparcamiento o instalaciones»*.
- i) Cataluña. El Decreto-Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo, indica ya en su art. 1.2: *«El Urbanismo es una función pública que abarca la ordenación, la transformación, la conservación y el control del uso del suelo, del subsuelo y del vuelo (...)»*. Más adelante, refiriéndose a los planes de ordenación urbanística municipal, el art. 58.2 precisa que éstos (entre otros aspectos) *«Regulan el uso del subsuelo, de acuerdo con el artículo 39, para hacer factibles la prestación de los servicios y la implantación de las infraestructuras necesarias para la colectividad, respetando siempre los aprovechamientos privados que sean compatibles»*. También el art. 67, sobre los planes especiales urbanísticos de desarrollo,

permite su aprobación, en la letra f), para alcanzar: *«La ordenación del subsuelo, si no es objeto de otra figura del planeamiento urbanístico derivado»*.

- j) Extremadura. La Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura, afirma, en el art. 14, que forman parte del contenido urbanístico del derecho de propiedad del suelo, sin perjuicio del régimen a que esté sujeto por razón de su clasificación, los siguientes deberes: *«d) Respetar las limitaciones que deriven de la legislación administrativa aplicable por razón de la colindancia con bienes que tengan la condición de dominio público natural, en los que estén establecidos obras o servicios públicos o en cuyo vuelo o subsuelo existan recursos naturales sujetos a explotación regulada»*.
- k) Galicia. La Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y protección del medio rural de Galicia contiene algunas previsiones al respecto. Por un lado, establece, en su art. 46.6 a) que: *«Para la determinación de la superficie edificable total deberán tenerse en cuenta las siguientes reglas: Se computarán todas las superficies edificables de carácter lucrativo, cualquiera que sea el uso a que se destinen, incluidas las construidas en el subsuelo y los aprovechamientos bajo cubierta, con la única excepción de las superficies construidas en el subsuelo con destino a trasteros de superficie inferior a 10 metros cuadrados vinculados a las viviendas del edificio, a aparcamientos o a instalaciones de servicio como las de calefacción, electricidad, gas o análogas»*. Por otro, afirma, en su art. 54 g), que los planes generales de ordenación municipal contendrán en suelo urbano consolidado, entre sus determinaciones, *«Previsión de aparcamientos de titularidad pública, que podrán ubicarse incluso en el subsuelo de los sistemas viarios y de espacios libres, siempre que no interfieran el uso normal de estos sistemas ni supongan la eliminación o traslado de elementos físicos o vegetales de interés»*.
- l) La Rioja. La Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja, dispone, en su art. 1.3, que *«La actividad urbanística, que se ejercerá en el marco de la ordenación del territorio, abarca la ordenación, transformación, conservación y control del uso del suelo, el vuelo y el subsuelo, su urbanización y edificación, así como la regulación del uso, la conservación y rehabilitación de obras, edificaciones e instalaciones»*. También el art. 2, al regular las finalidades de la actividad en materia de ordenación del territorio, incluye: *«Promover el desarrollo económico y social de forma*



*sostenible a través del fomento de las actividades productivas y generadoras de riqueza mediante la definición y regulación de usos del suelo, del vuelo y del subsuelo, de los núcleos residenciales, del establecimiento de dotaciones públicas, actividades productivas, comerciales, de transporte o similares». Y el art. 3 afirma que son fines de la actividad urbanística: « a) La subordinación de los usos del suelo y del subsuelo y de las construcciones e instalaciones al interés general en los términos que se define en esta Ley y, en su desarrollo y ejecución, en la ordenación territorial y urbanística; b) Vincular la utilización del suelo y del subsuelo con la calidad del medio urbano y natural; y c) Delimitar el contenido del derecho de propiedad del suelo y del subsuelo así como sus usos y formas de aprovechamiento, conforme a su función social y dentro del marco constitucional y legal».*

- m) Madrid. El párrafo segundo del art. 2.1 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, precisa que *«a los efectos de la ordenación urbanística del suelo se entiende comprendida la superficie del terreno, así como el vuelo y el subsuelo, tanto en su estado natural como transformado»*. De manera más específica, el subsuelo aparece a los efectos de exigencia de la oportuna licencia (art. 151), así como los eventuales planes especiales en relación con las infraestructuras o estructuras subterráneas que puedan ubicarse en el mismo (arts. 42 y 50).
- n) Murcia. El art. 106 h) del Decreto-Legislativo 1/2005, de 10 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia, entre las determinaciones que contendrán los Planes Parciales, precisa que: *«los aparcamientos podrán localizarse incluso en el subsuelo de los sistemas viarios, áreas peatonales y espacios libres, siempre que no se menoscabe el uso de los mismos y sin perjuicio del régimen jurídico aplicable»*.
- o) Navarra. El art. 61 de la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo, dispone, en su art. 61, que los planes especiales pueden desarrollar directamente las determinaciones de la ordenación estructurante contenidas en los Planes Generales Municipales, así como establecer, modificar o completar su ordenación pormenorizada, entre otras, con la siguiente finalidad: *«garantizar la protección y la mejora del paisaje, de las vías de comunicación, del suelo y del subsuelo, del medio urbano, rural y natural»*.

- p) País Vasco. La Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo establece en su art. 2.2 que: *«a los efectos de lo dispuesto en este artículo, se entiende por suelo el natural y el transformado, y por edificaciones las superficies construidas, comprendiendo en ambos casos el subsuelo y el vuelo».*
- q) Valencia. La Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, Urbanística Valenciana, afirma, en su art. 60.3, que: *«La calificación de un terreno como suelo dotacional público requiere que el Plan especifique, en su ordenación pormenorizada, si dicha afectación atañe a la totalidad del inmueble, o si la afectación demanial se limita al suelo y vuelo con exclusión total o parcial del subsuelo que, en tal caso, tendrá la consideración de bien patrimonial, que podrá ser enajenado por la administración titular para el uso y destino que el planeamiento expresamente regule».*

#### ***E) Particularidades de la regulación urbanística del subsuelo***

Una vez sentado el principio general de aplicación de la legislación urbanística al subsuelo, conviene resaltar, como hace TRAYTER JIMÉNEZ, las peculiaridades que va a encontrar esa misma legislación, consecuencia de las particularidades del propio subsuelo<sup>723</sup>.

La primera y principal es que la ordenación del subsuelo va a efectuarse a través de las determinaciones generales incluidas en los planes de ordenación urbanística municipal, los planes generales, pero fundamentalmente mediante la ordenación efectuada por los planes especiales. Queda excluida como regla la ordenación urbanística del subsuelo mediante planes territoriales, planes que contemplan globalmente el territorio que constituye su objeto y se proponen la ordenación integral de éste en todos sus aspectos.

En segundo lugar, los propietarios de las correspondientes superficies de suelo tendrán también los aprovechamientos urbanísticos que el planeamiento atribuya al subsuelo. Así, el planeador es el que va a atribuir el aprovechamiento urbanístico, concretando los usos e intensidades del mismo asignados a las diversas zonas y propiedades. De ese modo, es el plan el que limita el derecho de propiedad del subsuelo.

---

<sup>723</sup> TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., «El régimen jurídico del subsuelo (a propósito de la construcción de las líneas de alta velocidad)», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 49, 2003, p. 71.

Por último, ese aprovechamiento urbanístico queda sometido a las servidumbres necesarias para la prestación de servicios públicos o de interés público, siempre y cuando sean compatibles con el uso privado del inmueble. En caso contrario, debe procederse a la expropiación.

### 1.3. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL SUBSUELO

A la hora de determinar la naturaleza jurídica del subsuelo, se encuentran diferentes posturas.

Algunos autores consideran que el subsuelo es una “cosa” y, por tanto, objeto de propiedad perteneciente al dueño del suelo. Por ello, defienden que esta naturaleza material es la que permite configurarlo como inmueble, según se deduce del art. 334.1 del C.c.<sup>724</sup>, y especialmente para las minas y aguas, por lo dispuesto en el número 8<sup>725</sup> del mismo precepto<sup>726</sup>.

Matizando esta posición, hay quienes afirman que, en unos casos, el subsuelo es una pura prolongación del suelo, mientras que, en otros, es un objeto jurídico autónomo e independiente. Así, DÍEZ-PICAZO concibe el subsuelo como un objeto jurídico autónomo e independiente cuando desaparece el interés del propietario, pasando entonces a ser subsidiario el dominio privado y a prevalecer el dominio público<sup>727</sup>.

Sin embargo, otros sostienen que, de poco sirve afirmar que el subsuelo es una realidad, una cosa, distinta del suelo, puesto que es imposible precisar donde éste termina, es decir, hasta dónde debe entenderse que llega la susceptibilidad de utilización

---

<sup>724</sup> El art. 334.1 enumera entre los bienes inmuebles a «las tierras (...) todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto (...)».

<sup>725</sup> El apartado octavo del art. 334.1 del C.c. incluye, dentro de los bienes inmuebles: «las minas, canteras y escoriales, mientras su materia permanece unida al yacimiento, y las aguas vivas o estancadas».

<sup>726</sup> PÉREZ CÁNOVAS, N., «Problemas actuales en torno a la delimitación...», *op. cit.*, pp. 755-757, cree que a esta solución se puede llegar con el concurso de la letra del art. 350 del C.c. «Éste, a diferencia del silencio guardado sobre el espacio superior al fundo, respecto al subsuelo, explícitamente declara: “El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella”. Es preciso aclarar que se trata de una presunción *iuris tantum*, a favor del dueño de la superficie» En cambio, al considerar que el espacio superior al fundo no goza de la naturaleza jurídica de cosa, «admitimos como criterio general la imposibilidad de disociar el suelo, advirtiendo el carácter discutido en lo referente a la propiedad urbana, donde las líneas del desarrollo legislativo y su actual regulación parecen encaminadas al reconocimiento de su cosificación, si bien con particularidades propias».

<sup>727</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II, Tecnos, Madrid, 1978, p. 160.

por el propietario<sup>728</sup>. Así, entienden que el subsuelo no es una entidad jurídica, un objeto o una cosa, en el sentido de los arts. 334 y 335 del C.c., sobre el que pueda proyectarse la oportuna titularidad real (primaria), esto es, un derecho de propiedad. Por tanto, para ellos, el suelo, en tanto bien inmueble, no puede definirse con la finalidad de predicar un derecho de dominio o de propiedad del dueño de la superficie del terreno, como el *compositum* de dicha superficie y la porción que se encuentra debajo, susceptible de ser utilizada de acuerdo con los medios de la técnica actual. El dueño del terreno no es propietario del subsuelo porque ningún derecho de propiedad puede recaer sobre un objeto o cosa inexistente. Todo ello les lleva a afirmar que la condición, pública o particular, del dueño del terreno o superficie es irrelevante, puesto que ni la Administración ni los particulares son propietarios del subsuelo, más propiamente lo son del volumen o cuerpo de tierra.

## **2. LA DIVISIÓN EN VOLÚMENES EN EL ÁMBITO URBANÍSTICO**

### **2.1. LA CESIÓN DEL DOMINIO ÚTIL Y LA CESIÓN PLENA DEL DERECHO DE PROPIEDAD**

Ampliando las posibilidades de utilización privativa del demanio, aparece el Derecho urbanístico. El Urbanismo comporta un cambio en el sistema jurídico tradicional que restringía el régimen de uso privativo del subsuelo bajo suelo de dominio público a la figura jurídico-administrativa de la concesión<sup>729</sup>, ya que ahora se puede optar entre regímenes diferentes y figuras jurídicas diferentes<sup>730</sup>.

Estas nuevas posibilidades que ofrece el Urbanismo se fundamentan en la teoría de la desvinculación de la naturaleza jurídica del subsuelo, respecto de la del suelo, en virtud de la cual si se produce la desmembración del subsuelo, mediante la técnica

---

<sup>728</sup> Entre otros, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., «La propiedad urbanística del suelo, el vuelo y el subsuelo», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 41, 1995, p. 590.

<sup>729</sup> PAREJO ALFONSO, L., «El marco constitucional y estatutario del urbanismo», en la obra colectiva *Urbanismo y Comunidades Autónomas*, Jornadas sobre Legislación Urbanística de las Comunidades Autónomas, Generalitat de Catalunya, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 1990, pp. 21 y ss., propone también la utilización de otras fórmulas de gestión de los aparcamientos subterráneos, como podría ser el aprovechamiento comunal por los usuarios-vecinos, que constituirían comunidad y pagarían una contraprestación mediante cuotas. Los aprovechamientos comunales son un derecho real administrativo de goce. La propiedad pertenece al municipio y los derechos de disfrute y aprovechamiento a los vecinos, ostentando unos y otros una titularidad compartida. La Administración local puede regular y planificar la ordenación y aprovechamiento de sus bienes [art. 23.1 b) del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local].

<sup>730</sup> GIRONÉS CEBRIÁN, M.E., *Los aparcamientos...*, *op. cit.*, pp. 108-109.

jurídica oportuna, entonces surgirá la propiedad dividida y, en consecuencia, la naturaleza jurídica del subsuelo podrá ser distinta a la de la superficie<sup>731</sup>.

En este sentido y avanzando en las modalidades de ocupación, el Urbanismo permitió la segregación vertical de parcelas mediante el derecho de superficie, que aporta numerosas ventajas, como se reflejará más adelante.

El derecho de superficie que recae sobre una finca ajena o parte de ella origina facultades de uso, goce y disfrute con la extensión e intensidad del propietario. Este derecho real atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. En realidad tanto la transmisión del uso en régimen de derecho de superficie como mediante la concesión administrativa generan una titularidad temporal y sujeta a reversión; sin embargo, la concesión demanial no constituye un derecho real civil ni engendra régimen de división de la propiedad. Así, las diferencias permiten ver que con la constitución del derecho de superficie, el aprovechamiento de esos bienes demaniales por parte de los particulares se asemeja más al de los bienes privados<sup>732</sup>. Al utilizar esta institución, la Administración pública no ejerce una vigilancia directa, sino que sólo impone condiciones que aseguren la reversión de la edificación.

En este orden de consideraciones, puede afirmarse que el derecho de superficie permite, de manera temporal, la cesión del dominio útil de parcelas ubicadas en el vuelo o en el subsuelo. En este sentido, el Real Decreto-Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo (en adelante TRLS) ha establecido la naturaleza temporal del derecho de superficie (su duración máxima es de noventa y nueve años), por lo que, finalizado el plazo, se reconsolidan la propiedad, revirtiendo las obras y el dominio útil a favor del nudo propietario. La posible “cesión del dominio útil” que concede este derecho de superficie; cesión que puede ser más amplia cuando se transmite el “dominio pleno” de terrenos ubicados en el vuelo o

---

<sup>731</sup> Ello no quiere decir que no exista ninguna vinculación, pues el contenido del plan que regula el subsuelo, debe hacer compatible los usos allí previstos con los recogidos para la superficie y podrá ser en todo caso controlado por la jurisdicción contencioso-administrativa, de acuerdo con las reglas de control de la discrecionalidad de todos conocidas: control de los hechos determinantes, los principios de proporcionalidad, racionalidad e interdicción de la arbitrariedad, así como la diversa legislación sectorial con incidencia en el subsuelo que actúa a modo de norma de aplicación directa que se impone al plan.

<sup>732</sup> También la concesión administrativa genera una titularidad temporal sujeta a reversión. Sin embargo, la concesión no constituye un derecho real civil ni engendra régimen de división de la propiedad. Así, las diferencias permiten ver que con la constitución del derecho de superficie, el aprovechamiento de esos bienes demaniales por parte de los particulares se asemeja más al de los bienes privados.

subsuelo de bienes de dominio público, se diferencia de esta última precisamente porque aquella tiene naturaleza temporal y además porque permite la correspondiente reversión cuando finaliza su plazo<sup>733</sup>.

La cesión del derecho de propiedad de terrenos ubicados en el vuelo o subsuelo origina la estratificación o división en volúmenes plena de la propiedad pública, esto es, la independencia total del subsuelo y del vuelo respecto de la finca de la que forman parte los anteriores.

En esta propiedad espacial, entendida como la que, en la proyección vertical de un terreno hace referencia a un volumen determinado situado por encima o por debajo de la superficie plana, es donde se produce una clara disociación jurídica<sup>734</sup>. Estamos ante una operación compleja sobre un plano técnico y organizativo a la que se puede acudir cuando existan razones de hecho o de Derecho que así lo justifiquen; por ejemplo, una razón de Derecho podría darse cuando una parte de una determinada construcción debe ser incluida en el dominio público o cuando sea necesaria efectuar la división por razones específicas del destino, como el carácter particular de la explotación. En definitiva, los distintos niveles de la afectación y la utilización de distintas partes de un bien pueden justificar la división en volúmenes.

Debe tenerse en cuenta que esta práctica no sólo es susceptible de ser utilizada cuando se precisen someter algunos volúmenes al dominio público y otros, al dominio privado, sino también cuando los volúmenes objeto de división deban estar bajo dos regímenes públicos (un volumen sometido al régimen de los bienes demaniales y otro, al de los patrimoniales).

Este tipo de operaciones se encuentran amparadas en el art. 17 del TRLS. Dicho precepto, contenido en el Título II «Bases del régimen del suelo», define, en primer lugar, los conceptos de finca y de parcela, para aclarar, a continuación, que la propiedad

---

<sup>733</sup> En este sentido, el TRLS ha establecido la naturaleza temporal del derecho de superficie (su duración máxima es de noventa y nueve años), por lo que, finalizado el plazo, se reconsolidará la propiedad, revirtiendo las obras y el dominio útil a favor del nudo propietario.

<sup>734</sup> PÉREZ CÁNOVAS, N., «La disociación jurídica del dominio y el pluridominio», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 672, 2002, p. 1261, «Pero donde la disociación jurídica se observa de una manera más exacta y singular es en la llamada «propiedad espacial», entendida como la que, en la proyección vertical de un terreno, hace referencia a un VOLUMEN determinado, situado por encima o por debajo de la superficie plana, es decir, como una parte del espacio en su acepción concreta de un contenido vacío pero delimitado geoméricamente y ubicado por sus coordenadas exactas en el espacio íntegro, que ser: el «continente», es decir, el espacio en su acepción general que es el que envuelve todas las cosas».

puede dividirse verticalmente con el objeto de constituir fincas separadas en la superficie o rasante, el vuelo<sup>735</sup> o subsuelo y que sobre cualquiera de ellas cabe constituir parcelas con edificabilidad y uso urbanístico independiente e inscribirse como tales.

La inscripción en el Registro de la Propiedad, previa escritura notarial de segregación, se hará de acuerdo con lo establecido en el art. 8.3 de la LH<sup>736</sup>, al que se remite el art. 16.2 del RH<sup>737</sup>, para las transmisiones de construcciones bajo el suelo sin constituir derecho de superficie.

No obstante lo anterior, hay autores que consideran que de la regulación incorporada al art. 17 se deduce que el subsuelo es una porción integrante del dominio del suelo o terreno<sup>738</sup>. Así, defienden que la Ley del Suelo confirma la tesis sostenida

---

<sup>735</sup> Es interesante destacar que el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 3 de mayo de 2010, -JUR 162055- aclara: «*el derecho de vuelo o sobreelevación es una manifestación del más general derecho de superficie, cuya regulación fragmentaria y dispersa, se encuentra en la legislación urbanística y sobre todo en el art. 16 del RH*».

<sup>736</sup> El art. 8.3 de la LH afirma que se inscribirán como una sola finca bajo un mismo número las fincas urbanas y edificios en general, aunque pertenezcan a diferentes dueños en dominio pleno o menos pleno.

<sup>737</sup> El art. 16.2 del Reglamento para la ejecución de la LH señala: «El derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del apartado 3 del art. 8 de la Ley y sus concordantes».

<sup>738</sup> ALEGRE ÁVILA, J.M., explica en su obra *Subsuelo: hecho y derecho...*, op. cit., pp. 89 y ss., que «*Al hilo de la regulación de concretas instituciones, el subsuelo se incorpora al corpus urbanístico de la propiedad inmueble en tanto que noción integrante del derecho de dominio del propietario del suelo o terreno. Así se desprende de manera inequívoca de la regulación incorporada a los arts. 17 («Formación de fincas y parcelas y relación entre ellas») y 35 y 36, relativos al derecho de superficie. (...) Una idea, la del subsuelo situado debajo de los terrenos de dominio público como dominio público, requirente, en caso de constitución de un complejo inmobiliario con fincas de dominio privado, de la previa y necesaria desafectación, que es el corolario de la consideración de aquél, el subsuelo, como integrante o componente del derecho de propiedad del dominio del suelo o terreno*». Por su parte, ARNAU ESTELLER, A.J., *Los aparcamientos...* op. cit., p. 68, también entiende que la Ley de suelo de 2008 se suma a la postura sostenida por la jurisprudencia (SSTS de 1 de diciembre de 1987 y de 13 de diciembre de 1988), según la cual el suelo y el subsuelo son una única cosa. LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M., «*Venta del subsuelo como finca separada del suelo. Peculiaridades planteadas por el subsuelo bajo dominio público*», CARRASCO PERERA, Á. (coord.), *Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz, Tomo II*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013, p. 1762, defiende que la fuerte interrelación fáctica entre el suelo y el subsuelo próximo es un obstáculo a la posibilidad de segregar el suelo y el subsuelo. «*Esta vinculación natural intensifica el factor de comunidad subyacente en todos los supuestos de vecindad o proximidad, aunque se trate de fincas pertenecientes a distintos dueños: siempre va a existir una franja, aunque su extensión tienda a cero, que será al mismo tiempo techo de una finca y suelo de la otra; y eso suponiendo que las edificaciones situadas encima y debajo no compartan elementos estructurales, en cuyo caso la interdependencia será aún más intensa. En tales condiciones parece preferible acudir a las posibilidades suministradas por las situaciones de comunidad, en cualquiera de sus variantes, que empezar proclamando la total independencia, para terminar acudiendo*

por una línea jurisprudencial según la cual el suelo y el subsuelo son una única cosa, y que de sus artículos se desprende claramente que el subsuelo es parte integrante del derecho de dominio del propietario del terreno.

## **2.2. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA OPERACIÓN DE “DIVISIÓN EN VOLÚMENES”**

### **2.2.1. La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado**

Aunque el supuesto de estratificación de la propiedad fue introducido por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN), ya aborda la cuestión en su Resolución de 5 de abril de 2002 (BOE de 30 de mayo de 2002), dictada con ocasión del recurso gubernativo interpuesto frente a la calificación del titular del Registro de la Propiedad núm. 6 de Oviedo.

Los hechos a que dieron lugar la resolución citada, fueron los siguientes: un Ayuntamiento, había procedido, previo acto de desafectación, a la alteración de la calificación jurídica del subsuelo situado bajo la superficie de un terreno de dominio público municipal, para inscribirlo en el inventario municipal como bien patrimonial. Esta operación se había realizado con la finalidad de constituir un complejo inmobiliario que quedaría integrado por la zona de equipamiento superior y el aparcamiento subterráneo situado debajo. El citado Ayuntamiento solicitó entonces la oportuna inscripción en el Registro de la Propiedad, solicitud a la que se adjuntaban los estatutos del complejo inmobiliario pretendido (integrado por un bien de dominio público municipal (una zona verde), y el aparcamiento privado que pretendía localizarse bajo su superficie). Sin embargo, la inscripción fue denegada por el titular del Registro de la Propiedad núm. 6 de Oviedo. Interpuesto recurso gubernativo frente a esta calificación registral, la DGRN manifestó (en su Resolución antes citada de 5 de abril de 2001) las dificultades que para el Registro comporta la constitución como finca independiente del aparcamiento subterráneo en un volumen absolutamente diferenciado de la finca superior que le sirve de soporte.

---

*a las reglas del C.c. sobre la servidumbre de medianería, aunque sea tumbada, con el fin de abordar los conflictos que sin duda irán produciéndose. Lo que sucede, al parecer, es que entre nuestra doctrina se han ido introduciendo, aunque de forma un tanto tardía y a la estela de ese desarrollismo inmobiliario que tanto daño ha causado, algunas tesis sobre la configuración tridimensional del objeto del dominio (...).*».



Las razones aducidas por la DGRN para denegar la inscripción registral son distintas en el caso del subsuelo y en el del complejo inmobiliario pretendido <sup>739</sup>.

En relación con el subsuelo, la denegación, producida la desafectación, se basaba en el hecho de *«no recaer sobre una finca registral, sino sobre un volumen absolutamente diferenciado de la finca superior que le sirve de soporte (...) absolutamente desconectado de la superficie terrestre»*, razón por la que no puede constituirse en finca independiente.

En cuanto al complejo inmobiliario, las razones aducidas son las siguientes:

1ª) Es inviable la inscripción, tras la segregación producida, del complejo inmobiliario como agrupación o comunidad de propietarios, al amparo del art. 24.2 b) de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, en la redacción introducida por la Ley 8/1999, de 6 de abril, porque dicho precepto, según resulta de su tenor y antecedentes, sólo es de aplicación a los complejos inmobiliarios privados, así como por la dificultad de la coexistencia del dominio público y el dominio privado sobre elementos comunes [arts. 2 c) y 24.1 de la Ley de Propiedad Horizontal].

2ª) En todo caso, y aun cuando fuere de aplicación el art. 24 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal a los complejos inmobiliarios públicos o mixtos, no puede hablarse en puridad de complejo inmobiliario, *«por no reunir los requisitos establecidos para ser considerado como tal, pues no hay pluralidad de fincas materiales, edificaciones o parcelas [art. 24.1 a)] ni un verdadero punto de conexión entre las fincas y titulares, constituido por elementos comunes “propter rem” [art. 24.1 b)], pues sólo es elemento común los forjados del aparcamiento y no hay obligaciones comunes, ya que (...) todas las obligaciones sobre los elementos y servicios comunes recaen sobre la finca... (aparcamiento)»*.

3ª) A la inscripción del complejo inmobiliario pretendido se alzan idénticos obstáculos a los expuestos en relación con la del subsuelo-bien patrimonial una vez producida la

---

<sup>739</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, C., «Sentencia de 1 de abril de 2009: Propiedad horizontal. Complejo inmobiliario compuesto por distintos edificios sobre suelo no común. Nulidad de cláusula estatutaria de exención de gastos generales a las parcelas aún no construidas», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 81, 2009, pp. 1495 y ss., se refiere al complejo inmobiliario como aquella institución en la que determinadas unidades inmobiliarias –fincas- son susceptibles de organizarse de modo que sea posible distinguir en ellas superficies o espacios cúbicos edificables en forma independiente y en fases temporales diferentes que se atribuyen a diferentes titulares en régimen de dominio exclusivo, y unos elementos comunes cuya titularidad ha de corresponder –bajo el sistema de atribución *propter rem*- a los que ostenten la propiedad de los espacios privativos en cuotas porcentuales

desafectación, a saber, la pretensión de constituir aquél en finca independiente dissociada del suelo de la finca registral, que, se dice, contraviene las normas reguladoras del derecho de propiedad en cuanto a extensión y accesión (arts. 360 y 363 del C.c.).

4ª) En suma, de llevarse a cabo la inscripción del complejo inmobiliario se establecerían entre el dominio público y el dominio privado unas relaciones de comunidad que entrañarían limitaciones al dominio público en favor del dominio privado, circunstancia que se traduciría en una alienabilidad, siquiera parcial, de alguna de las facultades del bien de dominio público.

Frente al criterio del Registrador, la DGRN afirma que ningún obstáculo se alza a la constitución, en régimen de propiedad horizontal, de acuerdo con la variante o especie de los complejos inmobiliarios, de una finca que aglutine la zona verde, o suelo, y el aparcamiento subterráneo, o subsuelo, ambas configuradas como fincas registrales, con la particularidad de que aquélla es definida como finca matriz, en tanto que esta última es el resultado de una operación cumplida por el propietario del suelo, a saber, su desafectación.

La principal novedad que introduce esta resolución es la posibilidad de otorgar un uso privativo al subsuelo no sólo a través de un derecho de ocupación administrativo como ocurre con la concesión demanial, sino mediante la desafectación del mismo. De esta manera, ratifica la oportunidad de alterar la calificación jurídica del subsuelo, que se convierte en bien patrimonial, conservando la calificación jurídica del suelo que continúa siendo demanial.

Tras admitir la operación de división vertical de parcelas, la citada resolución se centra en la interpretación de los preceptos del C.c. relativos a la propiedad y a la accesión. Sobre los mismos, declara que la concepción liberal del dominio, resumida en el viejo aforismo romano *«usque ad sidera usque ad inferos»*, se ha visto matizada por la legislación especial y no se corresponde con la configuración del derecho de propiedad contenida en la CE<sup>740</sup>. En la delimitación del derecho de propiedad, deben tenerse en cuenta la función social, que delimita intrínsecamente su extensión, y

---

<sup>740</sup> Sobre este punto la resolución explica que el dominio no se configura en la Constitución como un derecho ilimitado y unitario, en el que sólo por ley puedan establecerse restricciones a su contenido, sino que por el contrario la función social de la propiedad delimita intrínsecamente su extensión. El aforismo *«usque ad sidera usque ad inferos»* referido a los derechos del propietario, cede frente al superior principio de la función social de la propiedad, de manera que además de las leyes especiales limitativas deben tenerse en cuenta aquellas otras cuyo objeto es la delimitación de las facultades del propietario, como ocurre en materia urbanística.

aquellas leyes como ocurre en materia urbanística cuyo objeto es la determinación de las facultades del propietario.

Respecto a los requisitos necesarios para llevar a cabo la operación de asignación de usos diversos al suelo y subsuelo -operación que la DGRN permite- la citada resolución estima que cumpliendo con las exigencias de desafectación del volumen extraído al dominio público, obtención de la oportuna licencia urbanística y respeto a lo establecido por el planeamiento, un uso privativo del subsuelo no tiene por qué perjudicar o mermar el carácter demanial del suelo y el servicio o uso público al que estuviera destinado<sup>741</sup>.

Otra resolución de interés para el tema que nos ocupa es la dictada por la DGRN el 24 de febrero de 2007 (BOE de 4 de abril de 2007). En ella la DGRN aunque en el caso de los autos no proceda por otras razones, admite la posibilidad de inscribir separadamente el suelo y el subsuelo de un terreno, quedando el primero bajo titularidad pública y el segundo bajo titularidad patrimonial privada, sin previa constitución de un régimen de propiedad horizontal ni reserva de un derecho de subedificación, ni tan siquiera un acto de modificación hipotecaria que justifique la creación de diversas fincas registrales donde antes había una sola, sino que puede bastar una mera delimitación del distinto régimen jurídico aplicable a cada volumen.

A pesar de que en este supuesto la solicitud de inscripción es desestimada, la DGRN sostiene que no existen obstáculos “estructurales” en nuestro ordenamiento jurídico para la configuración de un régimen distinto al suelo (que abarcaría también al vuelo) y al subsuelo. Incluso nuestro sistema permite configurar las fincas no solamente en su concepto clásico de fincas perimetrales terrestres sino como volúmenes

---

<sup>741</sup> GIRONÉS CEBRIÁN, M.E., *Los aparcamientos...*, op. cit., pp. 110-111, se centra en el análisis de esta Resolución de la DGRN de 5 de abril de 2002 y aclara que la citada resolución «*resuelve la convivencia entre dominio público del suelo y patrimonial del subsuelo mediante la división en propiedad horizontal, por la figura jurídico-civil del complejo inmobiliario y la inscripción en el Registro de la Propiedad del aparcamiento a construir en el subsuelo de terrenos de dominio público y uso público, para su venta en pleno dominio a particulares de plazas de garajes individuales, con la condición que*

*-Cumplan con los requisitos administrativos exigidos por el doble destino espacial que van a tener los terrenos, es decir: de dominio público en superficie, sin menoscabo del uso o servicio público al que el suelo está destinado; y como aparcamiento privado en el subsuelo.*

*-Sea posible la desafectación de un espacio cúbico, que por ello, deberá estar perfectamente delimitado y permitir su uso independiente con un valor económico propio.*

*-No se modifique el uso o zonificación establecida en el planeamiento general, entendiéndose que las operaciones realizadas en el subsuelo de una finca pública en nada afectan su uso público».*

edificables -o subedificables-, siempre tales volúmenes conforme a las reglas generales estén suficientemente definidos<sup>742</sup>.

Siguiendo el criterio de la Resolución de 5 de abril de 2002 (BOE de 30 de mayo de 2002), la DGRN señala en este caso que el principio de accesión del dominio tiene excepciones, que pueden tener su origen en la voluntad del propietario (caso de la constitución de un derecho real de superficie, de un derecho real de vuelo o de subedificación) o en la propia Ley (limitaciones derivadas de la Ley de Minas, de Navegación Aérea, de Aguas, del Patrimonio Histórico). Entre esas excepciones, sin necesidad de articularlas por vía de un derecho de subedificación o de superficie, está la delimitación del suelo y el vuelo como objetos diversos en el tráfico jurídico, posibilidad está amparada en el principio general de libertad de creación de derechos reales -siempre que se respeten las exigencias esenciales o estructurales de nuestro sistema registral- existente en nuestro Derecho.

En este caso se avanza incluso más ya que se admite la simple segregación del volumen subterráneo, sin acudir a la figura del conjunto inmobiliario<sup>743</sup>.

---

<sup>742</sup> La Resolución de 26 de febrero de 2007 comparte los criterios establecidos en la Resolución de 5 de abril de 2002. Sin embargo, no admite para este caso concreto para este caso concreto la posibilidad de disgregar el suelo y el subsuelo (quedando el primero bajo titularidad pública, y el segundo bajo titularidad patrimonial privada), ya que no queda claro si en el supuesto que examina se quiere segregar totalmente un volumen subterráneo para configurar una finca totalmente independiente del suelo-vuelo, o si se pretende tan sólo -dentro de la misma finca física- el desdoblamiento del régimen jurídico del suelo-vuelo y subsuelo. En el primer caso sería necesaria una operación de modificación hipotecaria, esto es, de segregación, previa licencia administrativa correspondiente y con especificación clara del volumen edificable subterráneo que se segrega y se va a configurar como finca totalmente independiente. En el segundo caso, si lo único que se pretende es un mero desdoblamiento del régimen jurídico del suelo-vuelo y subsuelo, pero sin segregación material de un volumen determinado, habría que articular las relaciones entre el suelo y el vuelo público y subsuelo privado, a través de la técnica de la división horizontal aplicable a los complejos inmobiliarios, por existir cuando menos un elemento común entre el suelo y el subsuelo, que es precisamente la línea de separación entre uno y otro, normalmente a través de un forjado.

<sup>743</sup> PACELLI-LANZAS MARTÍN, E., en su artículo «Segregación de volúmenes subterráneos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 701, 2007, afirma que para este autor dichos principios se perturban claramente en la Resolución de 26 de febrero de 2007, al exigir ésta última únicamente el cumplimiento de dos requisitos: que se describa convenientemente la nueva finca o volumen subterráneo y se acredite la obtención de la preceptiva licencia municipal de segregación, los perturba claramente. Así, afirmar que «Admitir que se pueda segregar de una finca preexistente, no una superficie de terreno, sino una parte de su subsuelo o, más concretamente, un determinado volumen subterráneo para crear una nueva finca registral independiente supone una perturbación de los principios rectores de nuestro sistema hipotecario, ya que implica admitir que un mismo terreno pueda constar en el Registro en dos folios diferentes: uno para el subsuelo-vuelo y otro para el subsuelo, a través de la técnica de la segregación». Por el contrario, precisamente, la constitución del complejo inmobiliario y la regulación que debe hacerse constar de las relaciones derivadas de la coexistencia entre un suelo y vuelo público, con un volumen edificable en el subsuelo de carácter patrimonial es la que lleva a defender que en la Resolución de la DGRN de 5 de abril de 2002 no se distorsionan los principios hipotecarios.

### 2.2.2. La doctrina del Tribunal Supremo

La jurisprudencia del Tribunal Supremo también admite que se deslinde el uso del subsuelo y de la superficie. Así, la Sentencia de 6 de octubre de 2003 -RJ 2003/7070-, referida a la construcción de un aparcamiento en el subsuelo de un terreno destinado a jardín público, concluye: *«La construcción de un aparcamiento en el subsuelo del jardín urbano objeto del litigio es un uso compatible con que el suelo continúe destinándose a su finalidad de jardín urbano (...); los usos que se realizan en el subsuelo no afectan en modo alguno a la finalidad que resulta propia de la calificación urbanística de la finca. Además, la lógica impone entender que un aparcamiento subterráneo no impide ni menoscaba el uso del jardín público existente sobre él, siendo en cambio estos aparcamientos especialmente necesarios en las grandes ciudades».*

Son varias las sentencias que reconocen que en nada queda perjudicado el destino público del suelo, por el hecho de que el subsuelo sea objeto de aprovechamiento privativo, llegando incluso a negar el derecho de reversión de los antiguos propietarios de los terrenos en caso de que éstos hubieran sido objeto de expropiación. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1987 -RJ 1987/9268-, referida a un supuesto de concesión administrativa, niega la existencia de porción sobrante en una expropiación del subsuelo existente bajo aquéllos y reconoce que el aprovechamiento del subsuelo de una plaza pública por parte de la Corporación Municipal es una facultad que le pertenece como titular del dominio público sobre la misma, por lo que si la superficie ocupada por los inmuebles expropiados sigue cumpliendo con el mismo fin que determinó su afectación, no puede existir derecho de reversión.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1998 -RJ 1998/9958- también niega el derecho de reversión instado como consecuencia de una modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid en relación con unos terrenos que habían sido expropiados con el fin de facilitar el acceso a las vías que circundan el campo de deportes del Real Madrid. La demandante basaba su solicitud de reversión en la calificación de los terrenos en cuestión como espacio libre público, calificación que posibilitaba la construcción de unos aparcamientos subterráneos, al entender que ello comportaba una modificación de las determinaciones del PGOU

vigente en ese momento y que contraría el fin que legitimó la expropiación por incompatibilidad.

Igualmente referida al derecho de reversión, puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2007, -RJ 2007/3670-, plantea la división en volúmenes cuestionarse si es posible o no, que una vez que se ha cumplido con la *causa expropriandi* y después de que se haya ejecutado la obra en sentido superficial horizontal pueda nacer el derecho de reversión en relación con nuevos aprovechamientos susceptibles de ser realizados sobre el terreno expropiado en sentido vertical, y, sin afectar a aquella. En concreto, la sentencia resuelve la pretensión reversional de parcelas ubicadas en la hoy llamada Plaza de Castilla, expropiadas entre 1929 y 1932, para la construcción del canal Isabel II, con la finalidad de instalar infraestructuras para el abastecimiento de aguas. La solicitud de reversión del terreno se fundamentaba en la desafectación tácita y la existencia de una parte sobrante de los bienes expropiados en sentido vertical (vuelo del terreno). En defensa de esta pretensión, los recurrentes alegaron que el servicio público que presta el Canal de Isabel II no implica para nada el suelo ni el vuelo de los terrenos de la Plaza, bajo los que se encuentra el Canal, de cuyo uso y titularidad se puede, por tanto, disponer, generándose así el derecho de reversión reclamado.

Sobre los terrenos expropiados, y ahora objeto del litigio, se había intentado llevar a cabo la construcción de lo que se llamó la Ciudad Judicial de Madrid, pero este proyecto finalmente quedó abandonado y posteriormente se procedió a la creación de un espacio ajardinado, que comprende una porción de terreno bajo el cual están las instalaciones destinadas al abastecimiento, saneamiento y depuración de aguas.

A pesar de las alegaciones formuladas por los expropiados, el Tribunal Supremo desestima el recurso en cuestión al entender que la adscripción a un destino público, como una zona ajardinada no implica desafectación del fin legitimador de la expropiación. A partir de aquí, el Tribunal se centra en el verdadero problema que se plantea en el caso, esto es, si cumplida *la causa expropriandi* y ejecutada la obra sin que de ella se derivase parte sobrante en sentido superficial horizontal (o subterráneo) cabe plantear el nacimiento del derecho de reversión en relación con nuevos aprovechamientos susceptibles de ser ejecutados sobre el terreno expropiado en sentido vertical (vuelo), y sin afectar al cumplimiento de la *causa expropriandi* (el destino o la utilidad pública que motivó la expropiación).

Aunque hay que lamentar que la Sentencia no extraiga todas las

consecuencias deseable sobre este tema, el Tribunal Supremo avanza un dato fundamental sobre el presupuesto de hecho necesario para reconocer el derecho de reversión, y que nos sirve a nosotros para analizar la retrocesión a efectos reversionales de los usos o aprovechamientos verticales o en superficie sobre bienes afectos “*expropriationis causa*”. En efecto, a juicio del alto Tribunal, el primer requisito exigido sería que el aprovechamiento que se pretendiese fuera lucrativo y susceptible de ser patrimonializado, además de factible conforme al planeamiento vigente. Constatada esta circunstancia, la causa reversional presentaría distintas facetas en función de que el aprovechamiento hubiera sido o no ejecutado por el beneficiario de la reversión. En el caso que nos ocupa, el presupuesto apuntado por el Tribunal Supremo falla, pues el PGOU de Madrid aplicable excluye el aprovechamiento lucrativo en los terrenos considerados, lo que hace jurídicamente inviable la reversión.

Lo que la sentencia no dice, pero cabría deducir a contrario sensu, es que en el supuesto contrario en que el destino acordado sobre el subsuelo de terrenos destinados a una causa de utilidad pública o de interés social fuera efectivamente de carácter lucrativo, el derecho de reversión sí tendría cabida. Eso sí, siempre que se dieran los presupuestos legales necesarios. Es decir y, para el caso que nos ocupa hubiera sido necesaria la desafectación parcial del bien que daría lugar a una parte sobrante del mismo.

En conclusión, podemos afirmar que la jurisprudencia admite que es lícito jurídicamente que las normas urbanísticas permitan un uso distinto para el subsuelo que el correspondiente al suelo, siempre y cuando este: primero, no sea contrario al planeamiento; segundo, se haya obtenido la licencia urbanística correspondiente; y, tercero, se haya desafectado el bien como demanial, desmembrándose el volumen correspondiente, para su conversión en bien patrimonial.

Otra cuestión diferente que debe resolverse es la de cuál será la forma de proceder para su enajenación, una vez que el bien tiene atribuida la calificación de patrimonial. Debe señalarse que hay varias sentencias del Tribunal Supremo que, admitiendo la práctica de la división en volúmenes, se encargan de analizar la validez o invalidez de la subasta practicada sobre un bien demanial que, tras su desafectación, pasa a la condición de patrimonial. Al ser la regla general prevista por la norma el procedimiento de subasta, debe estudiarse, en el caso de que la misma no se cumpla, si concurren o no los requisitos que dan lugar a dicho cambio.

Entre ellas, puede citarse la Sentencia de 20 de mayo de 2011 -RJ 2011/4561- que resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo del Ayuntamiento de Burjassot de 18 de mayo de 2005, sobre la aprobación definitiva de la modificación de PERI y la enajenación directa de parcela existente en el subsuelo de la destinada a zonas verdes en la mencionada modificación del planeamiento. En este pronunciamiento el Tribunal admite la posibilidad de desafectación del subsuelo dotaciones destinadas a zonas verdes y la aptitud de modificación del PRI a tal fin; si bien resuelve y así lo señala que es cuestión distinta la relativa a la enajenación directa del bien patrimonial.

Se interpone en este supuesto recurso de casación basado en la aplicación preferente de la normativa de contratación del Estado que permite la adjudicación del contrato de obras, mediante el procedimiento negociado sin publicidad, cuando por causa justificada sólo es posible encomendar la ejecución de obras a un determinado empresario. En este caso, se alegaba que las peculiaridades que concurrían hacían que ejecutar un aparcamiento bajo zona verde en el ámbito concesional de un Programa de Actuación Integrada (PAI) supusiera una dificultad técnica casi insalvable, por lo que la construcción de un aparcamiento subterráneo de nueva creación, así como las propias obras de urbanización podían ser llevadas a cabo por el mismo agente urbanizador.

El Tribunal Supremo, luego de analizar cada uno de los motivos alegados en el caso, señala que es su doctrina que la subasta es el procedimiento aplicable para la enajenación de bienes de los Entes locales (así lo precisa también en sus sentencias de 24 de abril de 2001, -RJ 2001/3423- y de 25 de enero de 2006, -RJ 2006/1142-) y que la permuta sólo es admisible previo expediente en el que quede asegurada su necesidad; expediente, que en este supuesto concreto, no se ha observado. En efecto, *«siendo la finalidad de la subasta, cuando se utiliza como forma de enajenación de un bien público, ampliar al máximo el abanico de ofertas posibles, para de esta manera acentuar la concurrencia competitiva y estimular en los participantes su esfuerzo o interés por presentar las ofertas más ventajosas para la Administración convocante, la falta de utilización de este procedimiento, que únicamente debe ceder en el supuesto de permuta con otros bienes, no se ajusta a derecho, pudiendo producir, además, menoscabo en la Hacienda Municipal»*.

Además, en el caso no se han acreditado las razones que se invocan para justificar la existencia de razones técnicas que determinan la innecesariedad de concurrencia competitiva y la adjudicación directa. . Se trataba, por tanto, de razones de



conveniencia u oportunidad.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2006, -RJ 2006/1142- aunque no referida a la división de volúmenes, afirma que el procedimiento adecuado para la enajenación de bienes patrimoniales de titularidad municipal es la subasta. Y cita, para fundamentar esta afirmación el art. 80 del Texto Refundido de Régimen Local y el art. 112 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, pero niega que enajenar un bien patrimonial por un procedimiento diferente a la subasta conculque el ordenamiento jurídico, y que no sea de aplicación al supuesto de autos el art. 120.1.6 del Texto Refundido de Régimen Local.

Añade el Tribunal que la contratación directa es una forma más de contratación de las Corporaciones Locales aplicable a todos los contratos sea cual sea su naturaleza o contenido siempre y cuando se cumplan los presupuestos necesarios para ello como dice que sucede en el caso de autos. Precisamente, a juicio de la Corporación recurrente el núm. 6 del apartado 1 del art. 120 del Texto Refundido de Régimen Local permite excepcionalmente de modo directo suscribir un contrato cuando no se puede concluir el contrato, como sucedió en este caso porque el empresario se aparta del mismo y en el contrato en el que se adjudica directamente en este caso la parcela para uso hotelero no hay especulación o problema alguno.

Todo ello no quiere decir que si, como sucede en este supuesto, existe justificación suficiente, la utilización del procedimiento de enajenación negociado sin publicidad, sea procedente.

En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de febrero de 2008 -RJ 2008/4089- aprecia la existencia de desviación de poder en el ejercicio de una potestad administrativa, puesto que se elige la figura del contrato de permuta de cosa futura para alcanzar un fin distinto cual es adjudicar la realización de unas obras públicas a una entidad concreta, con posterior cesión de parte de lo edificado para eludir la regla general de la subasta para la realización de obras públicas. En concreto, argumenta que *«Dicho de otra forma, con la elección contractual indebidamente elegida, se consiguió eludir la regla general de la subasta para la realización de obras públicas, adjudicando la misma -de forma directa- a la entidad recurrida, lo que supuso el claro apartamiento de potestades regladas por parte de la Administración municipal actuante, siendo estas razones las que determinan que se advierta que se haya producido una actitud manifiestamente encubridora de una situación generadora de desviación de poder o de apartamiento teleológico manifiesto del*

*fin previsto de interés público que se persigue con el seguimiento procedimental y contractual de la subasta pública». Seguidamente precisa que «Una reiterada jurisprudencia comunitaria, de la que es representativa la STJUE de 14 de julio de 2006 -TJCE 2006, 213- (Endesa, SA contra Comisión), ha sintetizado el anterior concepto de desviación de poder, señalando al efecto que la misma concurre cuando existen indicios objetivos, pertinentes y concordantes de que dicho acto ha sido adoptado con el fin exclusivo o, al menos, determinante de alcanzar fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso».*

### **2.3. LA EXIGENCIA DE DESAFECTACIÓN PREVIA A LA TRANSMISIÓN. ¿LA DIVISIÓN EN VOLÚMENES DE LA PROPIEDAD PÚBLICA ARRASTRA EL RÉGIMEN JURÍDICO DEMANIAL?**

La necesaria desafectación del suelo o vuelo, como requisito previo a su transmisión, presume su naturaleza demanial y manifiesta la asunción de la tesis de la vinculación<sup>744</sup>, según la cual el subsuelo tiene que gozar necesariamente de la misma naturaleza que el suelo, al ser ambos partes integrantes de un mismo bien. Siguiendo esta tesis, bajo el suelo de propiedad privada se ubica subsuelo privado, mientras que bajo el suelo de propiedad demanial se encuentra un subsuelo que merece la calificación de demanial<sup>745</sup>. Además, de acuerdo también con esta concepción doctrinal el subsuelo puede utilizarse libremente por el propietario del suelo, siempre que no exista prohibición expresa en los planes de ordenación<sup>746</sup>. Las Administraciones acuden, al igual que muchas de las sentencias, a la interpretación clásica del art. 350 del C.c.,

---

<sup>744</sup> GIRONÉS CEBRIÁN, M.E., *Los aparcamientos...*, op. cit., p. 235, precisa que la denominación de esta teoría se debe al Dictamen realizado a petición de la Diputación de Barcelona, por NIETO GARCÍA, A. y NIETO KÖNING, J. sobre la naturaleza jurídica del subsuelo municipal subyacente a vías públicas y espacios verdes, destinado a aparcamientos subterráneos, en el municipio de Sant Boi de Llobregat. Asimismo, explica que: «*la doctrina civilista tradicional, considera que al propietario del suelo le corresponde la propiedad potencial del subsuelo, y así, que el derecho de la propiedad alcanza sin límites a toda su proyección superior vertical e inferior, y en consonancia con este concepto, se entiende por "finca" la porción de superficie terrestre, delimitada por una línea poligonal, que incluye tanto el sobre como el bajo rasante de su superficie de suelo, no admitiéndose en su virtud la construcción de ninguna edificación susceptible de propiedad independizada*».

<sup>745</sup> GIRONÉS CEBRIÁN, M.E., *Los aparcamientos...*, op. cit., p. 236, define esta teoría y señala que actualmente la misma se ha reformulado, «*(...) en el sentido de considerar que lo que establece el precepto, son los límites de extensión vertical del dominio hasta el vuelo y el subsuelo; por cuya virtud, se reconoce al propietario del suelo, un dominio potencial sobre el subsuelo, condicionado a la existencia de ese interés, que lleva incluso a admitir que esta extensión del dominio opera sólo como presunción iuris tantum y siempre y cuando no se haya procedido previamente a su desmembración, a través de la disociación voluntaria del suelo y subsuelo*».

<sup>746</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Estudios de Derecho Ambiental y Urbanístico...*, op. cit., p. 133.

aplicando el régimen demanial no sólo a la superficie, sino también al subsuelo y al vuelo para garantizarse la libre disponibilidad de toda la propiedad, como si la misma se extendiera en profundidad ilimitadamente.

Entre los autores que defienden esta postura, puede citarse a NIETO GARCÍA<sup>747</sup> quien sostiene: «*Para el Derecho urbanístico es el subsuelo un elemento accesorio del suelo, que adquiere relevancia jurídica cuando los usos de aquél inciden sobre el régimen previsto para éste por la circunstancia de que el suelo actúa como soporte físico del subsuelo al igual que sucede con la polución atmosférica, la estética o la cultura*». Este mismo autor señala<sup>748</sup> que el dominio del propietario del suelo únicamente se extiende a los volúmenes subterráneos que se encuentran debajo de aquél y a los que tiene acceso operando desde el suelo, junto con un perímetro de protección de sus intereses. Por debajo de esta línea, el subsuelo se convierte en dominio público y a él no llegan las facultades dominicales del dueño del suelo.

Por su parte, ARNAU ESTELLER argumenta que, en virtud de lo establecido en el art. 350 del C.c. y de la aplicación de la teoría de la vinculación, el titular del suelo es titular también del subsuelo: «*Si bien en principio los bienes de dominio público son los que están afectos a un uso o servicio público, el subsuelo de un bien de dominio público ha de considerarse inicialmente público*<sup>749</sup>». Por este motivo, considera irrelevante que el titular del suelo y del subsuelo sea una Administración pública o un particular, ya que al ser el subsuelo soporte del suelo y parte integrante del mismo bien, tienen éstos que gozar de consideración unitaria<sup>750</sup> y, consecuentemente, de la misma naturaleza. Esta misma naturaleza es la que origina que la facultad del propietario de un suelo de enajenar a un tercero el subsuelo bajo el que se sustenta el mismo deba negarse. La naturaleza de los bienes de dominio público y la protección de la que éstos gozan se transforma en un límite a la enajenación del subsuelo.

El art. 8.2 del TRLS, referido a las facultades que integran el derecho de propiedad, afirma: «*Las facultades del apartado anterior alcanzarán al vuelo y al subsuelo sólo hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística, de conformidad con las leyes aplicables y con las limitaciones y servidumbres que*

---

<sup>747</sup> NIETO GARCÍA, A., *El subsuelo...*, op. cit., pp. 401 y 402.

<sup>748</sup> NIETO GARCÍA, A., «Aguas subterráneas: subsuelo árido y subsuelo hídrico», *Revista de Administración Pública*, núm. 56, 1968.

<sup>749</sup> ARNAU ESTELLER, A.J., *Los aparcamientos...*, op. cit., p.84.

<sup>750</sup> ARNAU ESTELLER, A.J., *Los aparcamientos...*, op. cit., p.66.

*requiera la protección del dominio público», lo que conlleva como resultado la demanialidad del suelo al establecer comúnmente los Planes Generales de Ordenación Urbanística esta previsión. La extensión del derecho de propiedad sobre el suelo hacia arriba o hacia abajo llega hasta donde el plan permita. La eventual modificación de éste no confiere «per se» derechos indemnizatorios<sup>751</sup>.*

El argumento legal encuentra apoyo en la jurisprudencia. Para la Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de febrero de 1987 -RJ 1987/3381-: *«Está acreditado que el sótano ordenado demoler se construyó sin licencia y en el subsuelo de un terreno previsto como vía pública que por su condición de dominio público no admite un uso privativo sin tener otorgada la pertinente concesión, art. 62.1-a) del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales; uso público de los bienes de esa naturaleza que impide el particular y privativo aunque este efecto al subsuelo ya que la propiedad pública o privada comprende a la superficie y a lo que está debajo de ella (art. 350 del C.c.)».*

En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de mayo de 2002 -RJ 2002/7895-, sostiene que se debe aplicar el principio general según el cual el titular de un terreno es también propietario de lo que hay debajo de él. Por este motivo, el Tribunal argumenta que la calificación jurídica del viario público como bien demanial y su subsuelo no se alteran porque se autorice en el mismo la implantación de plazas de aparcamiento o cualesquiera otros usos compatibles con esa naturaleza y con su destino urbanístico.

Asimismo, la DGRN, en algunas de sus resoluciones, explica los motivos por los cuales se debe aplicar el principio de acesión. La resolución de 26 de junio de 1987 -RJ 1987/4841- apoya estas conclusiones sobre la imposibilidad de segregación de parcelas.

Puesto que ésta es la doctrina mayoritaria, se comprende la exigencia de desafectación previa para que el subsuelo de un terreno de dominio público pueda tener un uso distinto del que corresponde al suelo. Sin embargo, es necesario detallar las reglas determinantes de la extensión del dominio público sobre los estratos de la propiedad y, por tanto, establecer si el espacio no afectado por dicha demanialidad es propiedad patrimonial o demanial.

---

<sup>751</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Estudios de Derecho Ambiental y Urbanístico...*, op. cit., p. 142.

No puede dejar de mencionarse que la extensión del régimen de propiedad a los volúmenes o estratos en que ésta puede dividirse no tiene por qué arrastrar el régimen jurídico de la misma, y -menos aún- cuando éste régimen es el demanial. El art. 350 del C.c. establece la extensión de la propiedad pública, pero no del dominio público, para lo que es precisa la afectación, elemento constitutivo y determinante del régimen de dominio público. Lo que así se consigue es extender la demanialidad más allá de los requerimientos de la afectación. En otras palabras, los efectos de la demanialidad pública tienen que limitarse a la razón que la justifica: el respeto y el cumplimiento de su afectación a una utilidad pública. Como establece el art. 8.2 del TRLS, es el plan el instrumento de ordenación urbanística que puede evitar esta extensión cuando es desmesurada. Por ello, puede afirmarse que cabe que el subsuelo de un bien demanial pertenezca a la Administración, en virtud de lo establecido por el art. 350 del C.c., pero que el régimen jurídico aplicable a ese subsuelo sea el de los bienes patrimoniales. Quiere decirse que, al analizar la naturaleza jurídica del subsuelo, no necesariamente debe asumirse la tesis de la vinculación y entender que éste participa por accesión del mismo régimen jurídico que el correspondiente al suelo, sino que puede calificarse de bien patrimonial, aunque el plano superficial sea dominio público. En el primer caso, esto es, si se califica el subsuelo como bien de dominio público por el hecho de hacerlo partícipe del mismo régimen jurídico del suelo, su uso privativo únicamente puede articularse mediante la figura jurídico-administrativa de la concesión. En cambio, si se lo califica como bien patrimonial, siempre que no se desvirtúe la afectación ni el destino público, su uso puede concederse, a los particulares, en régimen de titularidad dominical plena (mediante la cesión del derecho de propiedad) o temporal (a través de un derecho de superficie) o mediante otras modalidades de cesión de uso (servidumbres y otros derechos reales limitados).

ZABALA HERRERO ha expuesto los argumentos a favor y en contra de la declaración genérica del subsuelo como bien demanial<sup>752</sup>. Entre las razones a favor de tal decisión cita las siguientes:

1. Razones medioambientales. El subsuelo constituye un recurso natural escaso, que debe ser objeto de una planificación y usos racionales. Además, al tener una vocación pública, su destino debe afectarse a equipamientos e infraestructuras de interés público.

---

<sup>752</sup> ZABALA HERRERO M., *Régimen jurídico del subsuelo urbanístico. Cuadernos de Urbanismo*, Montecorvo, Madrid, 2002.

2. La teoría del interés real como límite de los derechos del propietario del subsuelo no es suficiente para delimitar el posible uso del subsuelo, ante los avances tecnológicos que permiten aprovechamientos privados a gran profundidad. El límite podría imponerse legalmente, demanializando el subsuelo a partir de una determinada profundidad, lo que proporcionaría seguridad jurídica y control de la utilización racional del uso del subsuelo.

3. El art. 128.1 de la CE («*Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general*»), que establece la función pública de la riqueza, puede cumplirse perfectamente con el mantenimiento de la propiedad privada existente en el subsuelo urbanístico.

4. La significación del dominio público del art. 132 de la CE no es la idea de “apropiación” de bienes, sino la exclusión de tráfico jurídico ordinario. La autora se apoya en la doctrina para avalar una posible demanialización del subsuelo<sup>753</sup>.

5. Finalmente, LÓPEZ RAMÓN considera que la técnica adecuada para proteger determinados bienes es el dominio público<sup>754</sup>.

Como argumentos en contra, propone:

1. El art. 132.2 de la CE afirma que son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, además, contiene una relación restrictiva de bienes que en todo caso tienen carácter demanial. Por lo tanto, la CE no sólo relaciona al subsuelo como categoría genérica demanial, sino que si tal lista ha de servir como criterio a la hora de determinar la conveniencia de la demanialización de una categoría de bienes, nada hace pensar que haya surgido un nuevo interés general distinto al que ya existía respecto al subsuelo en el año 1978.

2. Las características definatorias del dominio público según la doctrina del Tribunal Constitucional. Cualquier finalidad constitucionalmente legítima no puede utilizarse como motivo de afectación, sino que existen límites al respecto, como el derecho a la propiedad privada o la libertad de empresa.

---

<sup>753</sup> Así, PAREJO ALFONSO, L. sostiene, en su trabajo «Dominio público un ensayo de reconstrucción de su teoría general...», *op. cit.*, que la doctrina del Tribunal Constitucional respalda la posible demanialización del subsuelo.

<sup>754</sup> LÓPEZ RAMÓN, F., «La protección del Camino de Santiago en Aragón», *Revista Gallega de Administrativo Pública*, núm. 3, 1993, pp. 149-162.

3. El art. 33 de la CE que reconoce el derecho fundamental a la propiedad privada, estableciéndose como único límite de su contenido el que impone la función social. Por este motivo, a la hora de publicarse el subsuelo, debe existir un claro interés general a proteger y respeto al derecho a la propiedad privada.

A estos argumentos añadiríamos, por nuestra parte, otros dos:

1. El C.c., en su art. 350, determina la extensión de la propiedad pública, pero no del dominio público, para lo que es precisa la afectación. Por ello, se puede afirmar que el subsuelo de un bien demanial puede pertenecer a la Administración, en aplicación de dicho artículo, aunque su régimen jurídico no sea el de los bienes demaniales, sino el de los patrimoniales. No hay que confundir los conceptos de propiedad pública y de demanialidad pública.
2. Los principios de adecuación y suficiencia consagrados por el art. 6 b) de la LPAP permiten adaptar la afectación de los bienes para servir al uso general o al servicio público al que estén destinados. Por tanto, el subsuelo debe ser demanializado cuando la afectación del mismo lo haga necesario.

Como trasfondo de estos aspectos, no debe soslayarse que el principio de limitación del dominio público y de sus requerimientos a las estrictas exigencias de la afectación favorece la financiación privada de las inversiones. No existe motivo para prolongar en volúmenes el dominio público cuando éstos son indiferentes al fin o afectación a la que está destinada la superficie. Por lo demás, la extensión de la demanialidad más allá de lo necesario limita las posibilidades de uso privativo sin razones que lo justifiquen. El cumplimiento de las finalidades públicas que desempeñan los bienes afectos no tiene por qué verse menoscabado por la flexibilización del régimen demanial.

En consecuencia, existen motivos a favor y motivos en contra. En todo caso, sin olvidar las ventajas que ofrece la extensión de la demanialidad, puede decirse que la misma no está siempre justificada. Si se permitiera que el régimen aplicable al subsuelo fuera el de los bienes patrimoniales, los nuevos desarrollos en el subsuelo se verían muy beneficiados y, consecuentemente, muchas necesidades públicas quedarían satisfechas. No se trata de ignorar o descuidar la finalidad pública que los bienes demaniales tienen encomendada, sino que la demanialidad se limite, precisamente, a hacerla efectiva.

### **3. LA CONSTITUCIÓN DE DERECHOS REALES EN EL ÁMBITO**

## **DEMANIAL**

### **3.1. CONSIDERACIONES GENERALES**

Frente a la clásica afirmación del principio de inalienabilidad del demanio, se está abriendo paso en los últimos tiempos una corriente favorable a permitir la constitución de servidumbres y otros derechos reales civiles sobre el dominio público cuando su constitución efectiva no desvirtúa la afectación y destino público del bien así gravado. La realidad de las cosas va imponiendo esta tendencia tan acentuadamente pragmática, que persigue disminuir la precariedad, las limitaciones temporales y las que resultan de la policía demanial para los ocupantes privativos del dominio público que soportan su derecho en un título autorizatorio o concesional (piénsese, por ejemplo, en la cuestión de la duración del título de ocupación de un operador energético o de telecomunicaciones, o en el problema de la variación del trazado y la repercusión de sus costes en relación con alguna de estas redes, y en cómo ello se armoniza con los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad; o piénsese simplemente en las dificultades que presenta la cesión temporal de espacios a favor de terceros en los edificios administrativos). En efecto, debido a la precariedad que caracteriza a las autorizaciones de ocupación del dominio público, la posición del titular de las mismas conlleva inconvenientes que disuaden a los inversores privados.

La confusión todavía presente en muchos espíritus impregnados de la dogmática clásica del dominio público da lugar a condenar, por regla de principio, la constitución de derechos reales civiles sobre aquel, cuando lo cierto es que la demanialidad pública limita sus exigencias a rechazar sólo aquellas alienaciones que sean susceptibles de contrariar la afectación demanial.

En este contexto destaca singularmente el hecho de que para paliar esta situación, una de las soluciones que ha sido adoptada en otros ordenamientos jurídicos, consiste, precisamente, en el reconocimiento, a favor de los particulares, de derechos reales de naturaleza civil sobre el dominio público desmembrados del derecho de propiedad.

Así, como se ha indicado en el Capítulo cuarto, en Francia se ha admitido la posibilidad de gravar el dominio público con derechos reales limitados de naturaleza civil cuando ello sea compatible con la afectación o destino de la cosa. En efecto, el reconocimiento, por el CGPPP, del derecho de propiedad de las personas públicas sobre sus bienes tiene por corolario necesario la facultad de disociar derechos, es decir,



la posibilidad de consentir derechos reales constituidos sobre las dependencias del dominio público. Esto es, los derechos reales no son derechos reales propiamente dichos sobre el dominio público, sino derechos reales desmembrados de una propiedad pública, con la característica particular de que la misma, debido a su afectación, está sometida a un régimen de demanialidad, que implica ciertos impedimentos en el ejercicio de los atributos que la propiedad normalmente lleva aparejada<sup>755</sup>.

Debe recordarse que, según la concepción tradicional, la inalienabilidad de los bienes demaniales ha sido considerada como una prohibición a la constitución de derechos reales sobre el dominio público, esto es, la imposibilidad de constituir derechos reales sobre el dominio público ha sido entendida como una consecuencia lógica y necesaria de la inalienabilidad del mismo<sup>756</sup>. Al ser el derecho real de la misma naturaleza que el derecho de propiedad se afirmaba que las Administraciones públicas no podían ser privadas de su derecho de propiedad sobre el dominio público en razón de la aplicación de este principio. Esta inalienabilidad había ganado terreno (debido a la extensión de la mecánica del dominio público resultante del juego de los criterios de la demanialidad) y densidad porque se le atribuían efectos muy importantes, todo lo cual había ocasionado que una regla de procedimiento se convirtiera en una regla de fondo aplicada también a los derechos reales.

Sin embargo, la doctrina francesa se ha cuestionado sobre la verdadera función del principio de inalienabilidad del dominio público llegando a la conclusión de que esta no es otra sino la de proteger la afectación de los bienes y asegurarse el dominio de la Administración sobre ellos, precisamente por ello, para dar cumplimiento a dicha afectación.

De acuerdo con lo establecido en el CGPPP, deben ser rechazados, en nombre del principio de inalienabilidad, no toda clase de derecho real, sino únicamente los que contraríen la afectación. Por ello, el reconocimiento de derechos reales a los ocupantes demaniales o a los terceros, cuando no contrarían la afectación, completa y permite la

---

<sup>755</sup> GAUDEMET, Y., «Les droits réels sur le domaine public»..., *op. cit.*, pp. 1095 y ss.

<sup>756</sup> YOLKA, P., *La propriété publique...*, *op. cit.*, p. 397. La noción de inalienabilidad debe entenderse en un sentido general como la «*qualité juridique d'un bien ou d'un droit qui ne peut être valablement l'objet d'une aliénation*» y en un sentido administrativo como «*le caractère des biens composant le domaine public et qui s'oppose à ce que les dépendances de celui-ci puissent faire l'objet d'une aliénation volontaire ou forcée ou d'une constitution de droits réels civils au profit des particuliers*».

valorización del dominio y no hay motivos para que sea rechazado. Deben ser reconocidos como principio general y regulados para mayor seguridad jurídica<sup>757</sup>.

Por todo ello y para la financiación de las inversiones que los ocupantes del dominio público realizan, se defiende que deben disponer de derechos reales sobre aquello que tienen que financiar y conservarlos al menos durante la vigencia del título de ocupación<sup>758</sup>.

Con un alcance más modesto, el legislador español ha suscitado este debate con ocasión de las últimas reformas legislativas que enmarcan la participación del sector privado en la financiación y ejecución de infraestructuras y equipamientos públicos. En esta evolución han ido estrechamente de la mano la legislación patrimonial, la de contratos y la legislación sectorial de obras públicas. Dentro de esta tendencia, parece que la teoría general de los derechos reales comienza a reclamar un nuevo lugar en la dogmática del dominio público que pasaría por dulcificar la rigidez del dogma de la extracomercialidad del demanio.

## 3.2. EL DERECHO DE SUPERFICIE

### 3.2.1. Introducción

Como hemos señalado anteriormente, en la órbita del Urbanismo sí se ha posibilitado la existencia de un derecho real de uso de naturaleza enfiteútica, construido en torno al derecho de superficie. Sin embargo, la constitución del mismo sobre el dominio público no deja de ser una cuestión problemática, dada la imposibilidad jurídica de gravar los bienes demaniales con derechos reales civiles que trae como consecuencia el principio de inalienabilidad. Así, hay quienes sostienen que la

---

<sup>757</sup> CARRILLO DONAIRE, J.A., *Las servidumbres...*, op. cit., p. 180, refiriéndose a las servidumbres administrativas afirma que la posibilidad de constituir las mismas no puede vetarse «(...) por la supuestamente ineluctable razón de que la inalienabilidad impide radicalmente, estigmatizándola, cualquier posibilidad teórica de gravar con derechos reales de servidumbre el dominio público. Aparte de que los presupuestos fácticos que motivaron el predicamento doctrinal de esta consecuencia tan extrema han desaparecido hoy, tampoco creemos posible, en un plano puramente teórico y conceptual, mantener a ultranza lo que a nuestro juicio supone una formulación excesivamente rígida del principio de inalienabilidad del dominio público».

<sup>758</sup> CARRILLO DONAIRE, J.A., *Las servidumbres...*, op. cit., p. 179, «Qué duda cabe, sin embargo, que la posición patrimonial y jurídico-subjetiva de esos operadores quedaría más reforzada si los derechos de ocupación de dominio público se configurasen, al igual que sucede cuando el paso discurre o gravita sobre propiedades privadas, como servidumbres de utilidad pública, lo que, además, proporcionaría a los interesados un status jurídico más armonizado con el extraordinario volumen económico de la inversión (...)».

inalienabilidad del dominio público impide no sólo su enajenación por cualquier título, sino incluso que el dominio no pueda gravarse con derechos o cargas reales civiles<sup>759</sup>.

La doctrina civilista suele definir el derecho de superficie como el derecho real de tener y mantener sobre un inmueble ajeno una edificación o una plantación en propiedad separada, obtenida normalmente, mediante el ejercicio del derecho anejo de edificar o plantar<sup>760</sup>. Se puede afirmar así que consiste en la facultad que tiene una persona, denominada superficiario, para edificar o plantar en suelo ajeno, pudiendo disfrutar de lo edificado o plantado como verdadero propietario, durante un plazo generalmente temporal, a cambio de pagar un canon o precio (comúnmente de carácter periódico, aunque puede consistir también en un tanto alzado e incluso en cláusulas cercanas al intercambio o permuta del derecho a construir o plantar por la entrega de parte de lo edificado o plantado).

De acuerdo con esta definición, su configuración es la siguiente<sup>761</sup>:

En primer lugar, es un derecho real, del tipo de los de goce, que da lugar a una propiedad separada -la de edificación o plantación con respecto a la del suelo sobre el que se erigen- denominada propiedad superficiaria. Por ello, supone una derogación del principio *superficies solo cedit*, al permitir que lo edificado o plantado no pertenezca al dueño del suelo sobre el que se asienta la edificación o plantación<sup>762</sup>.

---

<sup>759</sup> En la Revista *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 5, 15 de marzo de 2007, p. 712, «Imposibilidad de constituir un derecho real de superficie sobre los bienes de dominio público», se defiende esta postura y se indica que sobre la imposibilidad de constituir derechos reales de carácter civil, puede consultarse, entre otras, la Sentencia de 1 de octubre de 2003. «*El derecho de superficie que autoriza a edificar en solar o terreno ajeno, haciendo suyo el superficiario por tiempo determinado lo edificado en él, constituye una enajenación parcial del ius edificandi; y es unánimemente considerado por la doctrina y la jurisprudencia como un derecho real de gravamen. En consecuencia, sobre el dominio público no cabe constituir un derecho real de superficie. La utilización y aprovechamiento de los bienes de dominio público han de ajustarse a las formas descritas en el art. 75. Entre estas modalidades de utilización se encuentra el llamado uso privativo sometido a concesión. Ahora bien, si lo que pretenden es establecer una dotación pública, la cuestión es distinta. El TRLCAP regula el contrato de concesión de obra pública. En conclusión, cabe contratar la gestión del servicio de las instalaciones que pretenden construir ya sea aplicando la concesión de la construcción y la explotación del servicio mediante el contrato de concesión de obra pública, ya mediante la concesión regulada en el RS*».

<sup>760</sup> ROCA SASTRE, R.M., «Ensayo sobre el derecho de superficie», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 392-393, 1961, pp. 6 y 7.

<sup>761</sup> CÁMARA ÁGUILA, M.P., «El derecho de superficie urbano: una aproximación a su configuración unitaria o dual», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 648, 1998, p. 2.

<sup>762</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil, Tomo cuarto, Propiedad y derechos reales de goce*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 387, «*Más, al propio tiempo, la accesión no es, una obligación del propietario, sino una facultad dominical que, por ende, puede ser objeto de transmisión y negociación. El*

En segundo lugar, el derecho de superficie se cualifica por ser el derecho a tener y mantener en suelo ajeno una edificación en propiedad separada. De este modo, el derecho a edificar o plantar tiene un carácter instrumental, lo que permite que pueda recaer sobre edificaciones o plantaciones preexistentes. En efecto, debido al carácter de derecho real limitado, el superficiario puede ser dueño de lo construido o sembrado y disponer por tal título del derecho de superficie. Realizada la construcción, que puede ser sobre el vuelo o el subsuelo, o la plantación, la propiedad del suelo convive con la propiedad temporal del superficiario.

Asimismo, en nuestro ordenamiento jurídico, es un derecho real temporal o temporalmente limitado, a diferencia de lo que sucede en otros países, en los que cabe el pacto de un derecho de superficie temporalmente indefinido. La temporalidad del derecho de superficie es nota exigida por nuestro Derecho, salvo en algunos casos de superficie rústica, debido a un dato puramente económico, pues la nuda propiedad y la mera propiedad del suelo tienen un escasísimo valor mientras estén vigentes los derechos reales limitados<sup>763</sup>.

Siendo temporal el derecho de superficie, la última nota a destacar es precisamente consecuencia de dicha temporalidad. Expirado el plazo por el que se constituyó, lo edificado o plantado, revierte al propietario del suelo, esto es, la constitución del derecho de superficie desemboca en la reversión de lo construido o plantado en favor del propietario del suelo. No obstante, el inciso final de la letra a) del art. 16 del RH afirma que *«transcurrido el plazo, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo que se hubiese pactado que el superficiario habría de conservar parte de la edificación, fijándose la cuota que le corresponde y las normas de comunidad por las que se rige el inmueble una vez extinguido el derecho de superficie»*.

En relación al objeto de esta investigación, interesa destacar que se trata de un instrumento característico utilizado por la Administración para ceder temporalmente el suelo a los particulares, consiguiéndose la edificación sin perder la titularidad del bien.

Desde el punto de vista del Derecho positivo, debe indicarse que la legislación urbanística se ha encargado de regular este derecho. En realidad, la institución existía anteriormente, sin embargo el tratamiento que de la misma hacía el C.c. no resultaba

---

*propietario puede permitir que otra persona edifique o siembre en su finca facultándole para mantener la construcción o plantación durante un período determinado de tiempo. En tal caso, el propietario intercambia (en la mayor parte de los supuestos prácticos) su derecho de accesión por el precio o canon que alguien le paga y en cuyo favor constituye un derecho de superficie»*.

<sup>763</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil, Tomo cuarto...*, op. cit., p. 394.

satisfactorio, pues la figura carecía de una identificación clara y sistemática<sup>764</sup>. Desde la elaboración del C.c., el art. 1655 dispone que los foros y cualesquiera otros gravámenes de naturaleza análoga, que se establezcan desde la promulgación del mismo, cuando sean por tiempo indefinido, se regirán por las disposiciones establecidas para el censo enfitéutico. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido considerando que entre los «*gravámenes de naturaleza análoga*» estaba implícitamente incluido el derecho de superficie y que el mismo es una variedad del censo enfitéutico<sup>765</sup> y, asimismo, han venido admitiendo que pasaría a regularse por las normas de la enfiteusis, si se constituía de manera indefinida, o por las del contrato de arrendamiento, si estaba limitado temporalmente.

Fue por primera vez la Ley de 12 de mayo de 1956, del Suelo, la que lo reguló de forma más completa, convirtiéndolo en un derecho típico y alejándolo de las figuras censales. Sin embargo, esta regulación al igual que la contenida en el Texto Refundido de la Ley de 9 de abril de 1976, sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, sólo se aplicaba a los derechos de superficie que se constituyeran dentro de los planes de ordenación.

En la actualidad, como establecen los arts. 40 y 41 del TRLS, se atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas.

El derecho de superficie produce una derogación del principio de accesión debido a que lo que se incorpora a la finca a partir de dicho momento ya no pasa a ser propiedad del *dominus soli*. A la extinción del mismo, por el transcurso de su plazo de duración, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, sin que se deba satisfacer indemnización alguna, cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho.

---

<sup>764</sup> DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de Derecho Civil (III), Derechos reales*, Colex, Madrid, 2012, p. 212, explica: «*La única mención directa al derecho de superficie en el C.c. se localiza en el artículo 1.611 que tiene por objeto regular la redención de los censos que se hubiesen constituido antes de la promulgación del citado cuerpo legal*».

<sup>765</sup> DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, vol. III. Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario registral*, Tecnos, Madrid, 2005, aclaran que cuando la superficie se constituye por tiempo indefinido su analogía con el censo llevará a estimar que sobre el suelo se ha operado la división del dominio. Asimismo, DÍEZ PICAZO, L., en su obra *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial, vol.III*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, explica la larga y lenta evolución de la enfiteusis en la que encuentra su origen el derecho de superficie.

Como ha apuntado el Tribunal Supremo, el derecho de superficie puede constituirse sobre el suelo, el vuelo y el subsuelo. En este último caso, el llamado derecho de superficie invertido, a través del cual se puede construir en el subsuelo, bien de forma independiente a la construcción sobre el suelo, bien a la par y con base en el mismo derecho<sup>766</sup>, se configura como una de las posibilidades jurídicas para conseguir la transmisión onerosa del dominio útil de parcelas ubicadas en el subsuelo en régimen de propiedad dividida.

### 3.2.2. Notas esenciales del derecho de superficie

Dada su importancia y las posibilidades que otorga, conviene mencionar cuáles son las características fundamentales de este derecho, así como su distinción de otras figuras afines.

El derecho real de superficie origina dos propiedades separadas diferentes: la propiedad del *dominus soli* (dueño del suelo que constituye el derecho) y la propiedad del superficiario, la cual revierte a manos del primero. El mismo se caracteriza por atribuir al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena. Aunque también puede constituirse sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones.

Para su constitución, que puede hacerse a título oneroso o gratuito, se requiere escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Esta figura es susceptible de transmisión y gravamen con las limitaciones fijadas al constituirlo. Cuando las características de la construcción o edificación lo permitan, el superficiario podrá constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal con separación del terreno correspondiente al propietario, y podrá transmitir y gravar como fincas independientes las viviendas, los locales y los elementos privativos de la propiedad horizontal, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad del consentimiento del propietario del suelo.

---

<sup>766</sup> ARNAU ESTELLER, A.J., *Los aparcamientos...*, op. cit., p. 124. Al respecto, este autor señala que: «En caso de que el suelo sea un bien de dominio público y, por tanto, inalienable, para poder constituir un derecho real limitado sobre el mismo de duración indefinida, previamente debería desafectarse y convertirse en bien patrimonial. Pero en caso de que su duración se limite en el tiempo hay autores que opinan que podría constituirse sobre el dominio público».

Como derecho real que es, la propiedad del superficiario es temporal. Consecuentemente, a la extinción del derecho por el transcurso de su plazo de duración, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho. No obstante, pueden pactarse normas sobre la liquidación, tal y como señala el segundo párrafo del art. 41.5 del TRLS.

En este sentido, es de consignar que la regulación de la extinción del derecho de superficie en el ámbito urbanístico no excluye la posibilidad de indemnización al superficiario. Asimismo cabe subrayar que la previsión de reversión de las obras cuando no proceda su demolición no tiene carácter básico, por lo que el legislador autonómico está habilitado para arbitrar soluciones más acordes con los intereses económicos de los concesionarios y, sobre todo, con el mantenimiento de un nivel de calidad elevado de las instalaciones durante toda la vida de la concesión cuando éstas se emplean para prestar servicios a los ciudadanos.

Finalmente, su extinción se produce, como causas generales, por confusión en la misma persona del propietario del suelo y superficiario, y por renuncia al derecho, de conformidad con lo dispuesto en el art. 6.2 del C.c. Asimismo, como señala el art. 41 del TRLS, finaliza por la no edificación de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de constitución, así como por el transcurso del plazo de duración del derecho, que como máximo puede alcanzar los noventa y nueve años.

#### **A) *Contenido***

El derecho real de superficie atribuye al superficiario, como ha apuntado el Tribunal Supremo, la facultad de realizar construcciones o edificaciones sobre el suelo, el vuelo y el subsuelo. En este último caso, estaremos ante un derecho de superficie “invertido”, a través del cual se podrá construir en dicho subsuelo, bien de forma independiente a la construcción sobre el suelo, bien a la par y con base en el mismo derecho.

Como principales facultades otorgadas por el derecho de superficie, cabe enumerar las siguientes:

#### **A) *1. Derechos y deberes del superficiario***

Los derechos correspondientes al superficiario resultarán del título

constitutivo<sup>767</sup>. No obstante, y con carácter general, el superficiario recibe la facultad de edificar sobre el suelo del cedente, a no ser que el objeto de la superficie lo constituya un edificio ya construido. En concreto, el superficiario tiene:

- a) Derecho a edificar o plantar si aún no se hizo, o si se destruyó lo edificado o plantado y queda tiempo para ello.
- b) Derecho de propiedad sobre lo edificado o sembrado, al menos, mientras dure el derecho de superficie.
- c) Derecho de disposición, de modo que el superficiario podrá, constante la relación jurídica, transmitirlo a un tercero, concederlo en arriendo o bien constituir todo tipo de derecho real sobre el propio derecho de superficie (hipotecarlo, darlo en usufructo, gravarlo con servidumbre).
- d) Derecho real de utilizar el suelo ajeno para mantener en él lo edificado o plantado, y realizar todos los actos necesarios al ejercicio de la propiedad superficiaria.

Por otra parte, el superficiario asume un conjunto de deberes: dependiendo del momento en que se le haya atribuido el derecho.

El superficiario habrá de cumplir con los deberes de urbanización, cesión y equidistribución.

Cuando la superficie se haya constituido a título oneroso, el superficiario deberá entregar al concedente la contraprestación pactada, bien en un solo acto o bien mediante el pago periódico del canon previsto.

Transcurrido el plazo de existencia del derecho, deberá devolver la posesión del bien al propietario.

#### **A) 2. Derechos y facultades del concedente o propietario**

- b) Derecho de reversión a su patrimonio de lo edificado, construido o plantado.
- c) Derecho a la satisfacción de una contraprestación cuando se hubiera constituido el derecho de forma onerosa.

---

<sup>767</sup> PRATS ALBENTOSA, L., «El derecho de superficie», CLEMENTE MEORO, M. (coord.), *Derecho civil...*, op. cit., p. 402.



d) Derecho a exigir que el superficiario edifique dentro del término previsto en la licencia que autorice a edificar, pues en caso contrario la superficie se extingue.

**A) 3. Derechos comunes al superficiario y al dueño del suelo son los de tanteo y retracto.**

**B) Naturaleza jurídica**

A partir de la regulación del Derecho de superficie por el Derecho Urbanístico se ha suscitado la duda de si estamos ante un derecho de carácter público o de naturaleza privada.

El Tribunal Supremo ha indicado que el derecho de superficie es una institución de Derecho civil, aunque esté actualmente regulado por una ley administrativa<sup>768</sup>. Las normas administrativas se encargan de esta tarea por dos razones: por ser éste un mecanismo relativamente frecuente al que acude la Administración para diversos fines como aparcamientos, servicios sociales, etc. y porque las normas de planeamiento urbanístico inciden en esta figura<sup>769</sup>.

En realidad, coexisten dos teorías sobre la cuestión que diferencian dos clases de derecho de superficie: la dualista, en virtud de la cual hay un derecho de superficie que se rige por las normas administrativas y otro que lo hace por la libertad de pacto entre

---

<sup>768</sup> DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de Derecho Civil (III), Derechos reales...*, op. cit., p. 216, «A nuestro juicio, tras la aprobación de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, no cabe dudar de que la disciplina del derecho de superficie que se contiene en sus arts. 35 y 36 tiene alcance general: establece un régimen uniforme con independencia del sujeto, público o privado, que constituya el derecho; se inserta en una ley que, a diferencia de la normativa derogada, no se ciñe al régimen urbanístico del suelo; y finalmente, constituye legislación civil del Estado aplicable sin perjuicio de los Derechos civiles forales o especiales, allí donde existen, por lo que se alcanza a ver la razón por la que no haya de desplazar cualquier normativa estatal anterior de la misma naturaleza, incluso con menoscabo del ámbito reconocido a la autonomía de la voluntad que, como sabemos, es especialmente limitado en relación con los derechos reales».

<sup>769</sup> NAVARRO VIÑUALES, J.M., «La regulación de la propiedad horizontal superficiaria en el nuevo Derecho civil catalán», GARRIDO MELERO, M. (coord.), *La regulación de la propiedad horizontal y las situaciones de comunidad en Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 371 y ss.

los particulares<sup>770</sup>; y la unitaria, según la cual hay un único derecho de superficie, si bien con cierto margen a la autonomía de la voluntad si lo constituyen los particulares.

Así, las principales posturas admiten la existencia de dos modalidades de derecho de superficie: la urbanística y la común. La primera se aplicaría a los derechos de superficie constituidos dentro del marco de los planes de ordenación urbanística, mientras la segunda constituida, voluntariamente por los particulares, se sometería a los arts. 1611 y 1655 del C.c.<sup>771</sup>

### C) Sujetos

1. El propietario. El derecho de superficie sólo puede ser constituido por el propietario del suelo, público o privado, incluidas las personas jurídicas<sup>772</sup>. Se requiere capacidad para disponer sobre el inmueble.

---

<sup>770</sup> Es de destacar que la Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de noviembre de 2002, -RJ 2002/9935-, concreta los criterios que determinan la subsunción del derecho de superficie en la Ley del Suelo, declarando: «*Ha de concederse especial relevancia a la diversa naturaleza de los sujetos que en cada caso intervienen, de la actuación que los mismos desarrollan y de las finalidades que por ellos se persiguen. Tal diversidad explica la subsistencia de la diferente normativa, debiendo resaltarse en cuanto se refiere a la Ley del Suelo, las siguientes circunstancias: A) El dato, ya apuntado, de que tanto en su primitivo texto, como en los sucesivos, se mencione la posibilidad de que los particulares constituyan derechos de superficie, si bien en el de 1992 añade expresamente que sin limitación de destino, es decir, sin que obligatoriamente deban aquéllos perseguir finalidades de interés social. B) Que los preceptos imperativos de la normativa mencionada, al constituir una importante excepción al principio espiritualista de libertad de contratación y de autonomía de la voluntad privada, solamente pueden encontrar justificación en aquellas ocasiones o para aquellos supuestos en que se hallen en juego finalidades de interés público, como sucede cuando la Administración decide utilizar el derecho de superficie como instrumento de intervención en el mercado del suelo, careciendo en cambio del menor fundamento para ser impuestos en las relaciones contractuales de particulares que no tienden a conseguir finalidades sociales, sino auténticamente privadas. C) Que el art. 1 de la Ley de 1992 (declarado inconstitucional por Sentencia del Tribunal Constitucional, de 20 de marzo de 1997) señalaba como objetivo de dicha norma el establecimiento del régimen urbanístico de la propiedad del suelo y la ordenación administrativa en materia de urbanismo. Por ello, aun cuando -quizá innecesariamente- aluda a la facultad de los particulares de constituir derechos de superficie para finalidades de interés exclusivamente privado, parece lógico entender que con esta mención no está pretendiendo derogar el C.c., ni sustraer el mismo -y desvincular del principio espiritualista que preside la contratación- aquellos actos y negocios que lleven a cabo los ciudadanos para su propio y particular provecho y sin incidencia o interferencia alguna en las finalidades u objetivos que por su trascendencia social han de ser tutelados o controlados por la acción de la Administración».*

<sup>771</sup> CÁMARA ÁGUILA, M.P., «El derecho de superficie urbano...», *op. cit.*, p. 5, explica que una interpretación minoritaria ha mantenido que los particulares pueden acordar un derecho de superficie de características distintas a las expresamente previstas en la Ley, con base en la derogación del principio de accesión y el principio de *numerus apertus* de derechos reales mayoritariamente defendido en nuestro ordenamiento.

<sup>772</sup> MARTÍNEZ ORTEGA, J.C. (coord.), *Urbanismo. Edificación y propiedad horizontal. La oficina notarial III*, Bosch, Barcelona, 2012, p. 346.

2. El superficiario. Es la persona, física o jurídica, pública o privada, a favor de quien se constituye el derecho de superficie. La Ley requiere la capacidad general para obligarse.

#### ***D) Objeto***

El objeto del derecho de superficie es el derecho de propiedad, sobre el que se constituye un derecho real limitativo, consistente en la facultad del superficiario, de realizar construcciones o edificaciones en una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas.

#### ***E) Constitución***

El derecho de superficie puede constituirse por actos *inter vivos* o *mortis causa*, por usucapión o por negocio jurídico. Tal y como señala el art. 40.3 del TRLS puede constituirse a título oneroso o gratuito, pudiendo consistir, en el primer caso, la contraprestación en el pago de una suma alzada, un canon periódico, una adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unos u otros a favor del propietario del suelo o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo pactado al constituir el derecho de superficie<sup>773</sup>.

En la escritura de constitución del derecho de superficie se pueden incluir cláusulas y pactos relativos a derechos de tanteo, retracto y retroventa a favor del propietario del suelo, para los supuestos de transmisión del derecho de superficie, o de las edificaciones realizadas.

#### ***F) Inscripción***

Se determina en el art. 40, apartado segundo, del TRLS que para que el derecho de superficie quede válidamente constituido, se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad. En la escritura deberá fijarse

---

<sup>773</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil, vol. III, Derecho de bienes...*, op. cit., p. 683, señala: «Aun estableciéndolo sin nada a cambio ahora (por ejemplo, sobre un solar suyo, y para que construya, A lo conceda B, sin contraprestación actual alguna y sin que quede obligado al pago de ningún canon periódico), sin embargo, es oneroso si se establece que cuando se extinga, revierta al dueño del suelo la propiedad de lo construido. Pues entonces esta adquisición posterior es el contravalor de la concesión del derecho al uso del suelo. Ahora bien, como puede ocurrir que tal reversión no tenga lugar, o que tenga lugar mediante el pago por el dueño del suelo del valor de la edificación, es claro que el superficiario puede adquirir el derecho de superficie gratuitamente. Por otro lado, también lo adquiere gratuitamente, por ejemplo, en el caso de que el dueño del edificio y suelo le ceda aquél y el derecho sobre éste sin nada a cambio, para que lo tenga así durante cierto plazo».

necesariamente el plazo de duración del derecho, que no podrá exceder de noventa y nueve años<sup>774</sup>.

La exigencia de escritura pública fue destacada por la Resolución de la DGRN de 16 de abril de 2010 (BOE de 7 de junio de 2010), encargada de resolver la cuestión si en el caso de que un derecho de superficie fuera concedido por un organismo público, como un Ayuntamiento, sería suficiente, para la inscripción, la correspondiente documentación administrativa, como el certificado del acuerdo de la entidad concedente, o si, por el contrario, debía elevarse, además, a escritura pública. Ante este interrogante, la DGRN advierte que la constitución de un derecho de superficie exige siempre escritura pública, tanto si así es pactado entre particulares, como si se inscribe en el marco de una actuación urbanística, pues el precepto señalado del TRLS no hace distinción. En resumen, frente a la pretensión de inscribir un derecho de superficie otorgado por un organismo público, simplemente con el acuerdo de concesión, la Dirección General sostiene que no existe duda alguna sobre la invalidez de la misma y la necesidad de escritura pública.

No obstante, debe mencionarse que en algunos supuestos sí ha permitido el acceso al Registro de otra clase de documentos, como una certificación administrativa expedida por un Ayuntamiento declarando la concesión de un derecho de superficie. Tal es el caso de la Resolución de la DGRN de 29 de enero de 2009 (BOE de 24 de enero de 2009), que precisa: *«Lo primero que debe señalarse es que no cabe duda que cabe calificación registral de documentos administrativos que pretendan su acceso al Registro de la Propiedad, calificación que se extiende en todo caso a la competencia del órgano, a la congruencia de la resolución con la clase de expediente o procedimiento seguido, a las formalidades extrínsecas del documento presentado, a los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, a la relación de éste con el titular registral y a los obstáculos que surjan del Registro (cfr. artículo 99 R.H.)»*. Si bien, queda claro que los supuestos de hecho son claramente distintos, puesto que en este último caso se trataba de la resolución de un contrato administrativo especial debido al incumplimiento por parte del particular del pliego de condiciones, consecuencia del principio de autotutela administrativa, y no la concesión del derecho de superficie, de la que surgen obligaciones de naturaleza civil. Mientras en la extinción por incumplimiento estamos ante un acto unilateral, el consentimiento que hace surgir el contrato es siempre un acto bilateral.

---

<sup>774</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo III. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión...*, op. cit., p. 395.

### **G) Extinción**

Como se ha indicado, el derecho de superficie se extingue, en cuanto a las causas generales, por confusión en la misma persona del propietario del suelo y del superficiario y por renuncia al derecho, de conformidad con lo dispuesto en el art. 6.2 del C.c., sin perjuicio del mantenimiento de los derechos o facultades en favor de terceros que se hubieran generado. Quiere decirse que los derechos reales o de naturaleza personal constituidos por el superficiario mantendrán su vigencia durante el tiempo que reste hasta la extinción de la superficie por el transcurso del tiempo<sup>775</sup>.

Además también se extingue por las causas establecidas en la legislación urbanística, que son las enumeradas en el art. 41; a saber si no se edifica de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de constitución y, en todo caso, por el transcurso del plazo de duración del derecho.

Cuando la extinción sea debida a esta última causa, esto es, a la finalización del plazo establecido a su otorgamiento, se produce 1) la vigencia plena del derecho de accesión y consiguiente adquisición del dueño del suelo de lo construido por el superficiario (reversión total), sin tenerle que abonar indemnización alguna y ello -con independencia de que la superficie hubiese sido constituida a título oneroso o gratuito-; y 2) la extinción de todos aquellos derechos de naturaleza real o personal que hubiesen sido constituidos por el superficiario sobre el derecho de superficie o sobre los bienes integrantes de la propiedad superficiaria.

La Resolución de 20 de diciembre de 2005 (BOE de 14 de febrero de 2006) precisa que en estos casos procede la cancelación del derecho de superficie, sin necesidad de decisión judicial ni consignación alguna.

Debe indicarse que el superficiario, como titular de su derecho, puede crear derechos sobre el derecho de superficie, pero cuando se produce la extinción por el transcurso de su plazo de duración, como máximo de noventa y nueve años, todos los derechos creados sobre él, real y personal, se extinguen con el derecho de superficie. Si por cualquier otra causa se reunieran los derechos de propiedad del suelo y los del

---

<sup>775</sup> PRATS ALBENTOSA, L., «El derecho de superficie», CLEMENTE MEORO, M. (coord.), *Derecho civil...*, op. cit., p. 403, añade: «No se encuentran comprendidos (...) aquellos casos en que la superficie se extinga por la pérdida o destrucción total de la cosa. En estas hipótesis entiendo que será de aplicación lo previsto en el art. 1625 CC: así, sólo tendrá lugar la extinción del derecho cuando se pierda o inutilice totalmente la finca; si la pérdida es sólo parcial se mantendrá la superficie y con ella aquellos derechos reales constituidos. Si la pérdida hubiere sido por culpa del superficiario quedará obligado al resarcimiento de los daños y perjuicios causados por su actuación».

superficiario, es decir, cuando hay confusión de derechos, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente hasta el transcurso del plazo fijado para el derecho de superficie.

### 3.2.3. La parcelación urbanística

Una de las cuestiones importantes que debe ser destacada en relación a la configuración actual del derecho de superficie es la de cuándo la constitución de un derecho de superficie ha de considerarse parcelación y cuándo no. Por este motivo, conviene destacar las características principales de la parcelación urbanística; figura a la que el legislador ha dispensado constante atención, debido a la gran potencialidad lesiva de los actos de parcelación del suelo realizados sin ajustarse a la normativa aplicable<sup>776</sup>.

CARCELLER FERNÁNDEZ<sup>777</sup>, siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA, destaca cómo la regulación de la materia se basa en tres principios: definición de la indivisibilidad de las parcelas; acomodación de la parcelación a las exigencias del planeamiento a través de licencias y garantía del cumplimiento de las anteriores limitaciones mediante un sistema de sanciones. Por otro, ROCA-SASTRE MUNCUNILL<sup>778</sup> sostiene que la parcelación urbanística es una actividad privada, con lo que quiere indicarse que es un acto realizado directamente por particulares a los que normalmente corresponderán la titularidad registral de la finca. Cuando se efectúan sobre suelo rústico, ha de hablarse de divisiones simultáneas o sucesivas de terrenos en dos o más lotes para fines de explotación agraria del suelo.

Como es sabido tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, que anuló buena parte del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 26 de junio de 1992, (por la invasión de las competencias autonómicas) es a las Comunidades Autónomas a las que les corresponde determinar qué clase de actos de naturaleza urbanística están sometidos al requisito de la obtención de licencia previa, cuáles son las limitaciones que éstas pueden imponer y qué sanciones administrativas debe conllevar la realización de tales actos.

---

<sup>776</sup> SÁNCHEZ JORDÁN, E., «Los actos de parcelación contrarios a la normativa: ¿validez civil versus ilicitud administrativa?», *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, núm. 1, 2006.

<sup>777</sup> CARCELLER FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho Urbanístico*, Montecorvo, Madrid, 1992, pp. 558 y ss.

<sup>778</sup> ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1979, p. 423.

Por tanto, debe acudirse a la legislación autonómica para saber qué actos están sometidos a licencia y qué actos pueden estimarse reveladores de una posible parcelación urbanística ilegal<sup>779</sup>.

Dado que la actividad parcelatoria rebasa los límites de una simple modificación jurídica de una finca registral, al implicar una actuación directa sobre el terreno, que conduce a una variación de la naturaleza, uso y condiciones de la finca, son tan importantes las relaciones entre aquella y el concepto de finca registral<sup>780</sup>, y explican que su traducción, aunque no necesariamente, es una operación de modificación hipotecaria como una división o varias segregaciones. Sólo en cuanto éstas son consecuencia de la actividad parcelatoria interesan a las autoridades urbanísticas, pero cuando las mismas se llevan a cabo es indispensable la coordinación con el Registro de la Propiedad.

Las Resoluciones de la DGRN de 12 de julio de 2010 (BOE de 18 de septiembre de 2010) y de 2 de marzo de 2012 (BOE de 7 de mayo de 2012) han declarado que el concepto de parcelación ha trascendido la estricta división material de fincas o terrenos para alcanzar la división ideal del terreno y del aprovechamiento, y en general todos

---

<sup>779</sup> La Resolución de la DGRN de 16 de junio de 2012 (BOE de 25 de julio de 2012) analiza justamente si la constitución de un derecho de superficie, (en el que concurrían las siguientes condiciones, que entre los pactos de constitución del derecho se prevé que el concedente conserve la propiedad del suelo durante su vigencia, que las instalaciones se desmonten a su finalización, que se autorice al propietario a mantener determinados usos sobre el suelo objeto del derecho de superficie y que se establezca un plazo de duración de treinta años), era o no un supuesto de parcelación urbanística. En concreto, se trata del estudio de un supuesto de inscripción en el Registro de la Propiedad de un derecho de superficie para instalaciones de energía eólica, que recae sobre parte de la superficie total de una finca inscrita. Se pronuncia así la Dirección General sobre los requisitos que debe reunir un derecho de superficie para la instalación de un parque eólico, como el que se quiere realizar en este caso, sobre una serie de fincas ubicadas en suelo rústico, distinguiendo a su vez este derecho de la parcelación, ya que muchas veces se quieren disfrazar estas figuras, haciéndolas pasar por otras que realmente no son.

Para ello, y dadas las circunstancias del caso, se recurre a la normativa gallega, que era la implicada en el caso. En concreto, señala la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Urbanismo y Suelo de Galicia, en su art. 204, que se entiende por esta figura estableciendo lo siguiente: «*Se considerará parcelación urbanística a los efectos de la presente Ley, la división de terrenos en dos o más lotes o porciones a fin de su urbanización o edificación, ya sea en forma simultánea o sucesiva. Toda parcelación urbanística deberá acomodarse a lo dispuesto en la presente ley o, en virtud de la misma, en los planes de ordenación*». De ello se deduce que, conforme a la legislación de Galicia, sólo la división de terrenos que se haga con la finalidad de urbanizarlos o edificarlos cae dentro del supuesto legal de parcelación, lo que lleva al inmediato rechazo de la exigencia de acreditación de licencia de parcelación para que pueda llevarse a cabo la inscripción. En esta misma línea, el derogado Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana ya señalaba, en su art. 257.1 que la parcelación urbanística consistía en: «*la división simultánea o sucesiva de terrenos en dos o más lotes cuando pueda dar lugar a la constitución de un núcleo de población*».

<sup>780</sup> GUTIÉRREZ-ALVIS Y CONRADI, P. y ROMERO CANDAU, P., *Las parcelaciones en el Derecho español*, Consejo General del Notariado, Granada, 1993, pp. 130 y 132.

aquellos supuestos en que manteniéndose formalmente la unidad del inmueble, se produce una división en la titularidad o goce, ya sea en régimen de indivisión, de propiedad horizontal, de vinculación a participaciones en sociedades, o de cualquier otro modo en que se pretenda alcanzar los mismos objetivos y en general siempre que pudiere surgir una duda fundada sobre el peligro de creación de un núcleo de población.

Ahora bien, no siempre que se descarte que el supuesto de hecho analizado constituye una parcelación de terrenos en los términos establecidos en la normativa autonómica, se soluciona la cuestión, sino que queda por determinar si la constitución del derecho de superficie puede equipararse o no a una parcelación. Para resolver este problema y evitar así la inscripción en el Registro de divisiones contrarias a la legislación del suelo, no basta la mera sospecha de que pudiera existir parcelación ilegal ni tampoco la subsunción del acto o negocio jurídico en una categoría que pudiera producir ese resultado. Al respecto, la Resolución de la DGRN de 10 de octubre de 2005 (BOE de 23 de noviembre de 2005) señala para el caso de venta de cuotas indivisas de fincas que: *«su existencia no implica por sí sola la afirmación de que exista parcelación ilegal ya que para ello es necesario que, junto con la venta de participación indivisa se atribuya el uso exclusivo de un determinado espacio susceptible de constituir finca independiente»*. En este mismo sentido, la Resolución de 12 de febrero de 2001 (BOE de 21 de marzo de 2001) añade que *«bien que exista algún otro elemento de juicio que, unido a la venta de la participación, pueda llevar a la conclusión de la existencia de la repetida parcelación»*.

En virtud de todo lo anterior, la DGRN afirma, en su Resolución de 16 de junio de 2012 (BOE de 25 de julio de 2012), que no se está necesariamente ante un negocio equiparable al de parcelación urbanística debido a que: si se tiene en cuenta que la constitución de un derecho de superficie en los términos expresados, aunque implique una división del aprovechamiento de las fincas sobre las que se constituye, carece de carácter permanente (queda acreditada la duración temporal del derecho) y que a pesar de que existe división de aprovechamiento, no se hace de modo exclusivo (se contempla el mantenimiento, por parte del propietario, de las facultades de uso y aprovechamiento sobre la porción respecto de la que se constituye el derecho), es forzoso concluir que no estamos ante un supuesto equiparable al previsto legalmente de parcelación.

Por último, ha de analizarse si es preceptiva o no la realización de una previa segregación para poder llevar a cabo la inscripción de una parcelación; segregación que estaría igualmente sujeta a la obtención de la licencia (art. 206 de la Ley 9/2002, de



Urbanismo y Suelo de Galicia), o si concurren los requisitos para inscribir un derecho de superficie que recaer sobre parte de las fincas inscritas.

Es regla general que en el caso de segregación o división de una finca se debe aportar la debida licencia de parcelación<sup>781</sup>; certificación de la parcela mínima del sector o justificar el silencio positivo.

Sobre este requisito, la jurisprudencia ha señalado que no es suficiente con aportar a la escritura un certificado de parcela mínima; sino que es necesaria licencia para segregar o declaración de su innecesariedad. Así, la Resolución de la DGRN de 18 de noviembre de 2003 (BOE de 18 de noviembre de 2003) precisa que no hay problema en que la licencia no indique la superficie que se autoriza si va acompañada de plano con la superficie, y, dicho plano se contiene en el certificado municipal si está clara la identidad de las parcelas. No se precisa una descripción detallada del resto matriz. En efecto, la Resolución de 25 de enero de 1999 aclara que las exigencias mínimas que establece el RH son que se indique que, tras la segregación, se modifica la cabida de la finca matriz en la medida de la segregada y el lindero por el que se verifica. No afecta a la validez de una segregación el que la superficie de la finca matriz no coincida con la que consta en el Registro, siempre que la segregación quepa en cabida registral.

Sin embargo, cabe también que no sea necesaria ninguna de estas exigencias cuando la porción de terreno de cada una de las fincas sobre la que recae el derecho de superficie está perfectamente delimitada en cuanto a su superficie y linderos. En nuestro ordenamiento no existe obstáculo jurídico a la constitución de derechos de goce – personales o reales- concretados a partir de una sola porción material de la finca sobre la que se constituyen, siempre y cuando quede suficientemente determinado.

En conclusión, la parcelación puede definirse como la división de terrenos en dos o más lotes o porciones a fin de su urbanización o edificación, ya sea en forma simultánea o sucesiva, cuando pueda dar lugar a la constitución de un núcleo de

---

<sup>781</sup> REBOLLO PUIG, M., «Infracciones y sanciones urbanísticas en Andalucía», TORRES LÓPEZ, M.A. y ARANA GARCÍA, E. (coords.), *La disciplina urbanística en Andalucía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 361 y ss. La licencia urbanística es una autorización municipal reglada por la que se controla el cumplimiento de la legalidad urbanística de una determinada transformación del espacio que un administrado tiene previsto acometer y con cuyo otorgamiento se permite la concreta operación necesaria para esa transformación. Su carácter reglado elimina cualquier margen de discrecionalidad para apreciar la oportunidad de la actividad para la que se solicita y comporta, por el contrario, que debe denegarse si la actuación proyectada es disconforme con la legalidad urbanística y otorgarse si es conforme con ella sin que, en tal caso, ni siquiera quepa someterla a condiciones. No obstante, sí es posible otorgarla imponiendo modificaciones sobre lo inicialmente solicitado si ello no es nada más que una corrección para adaptarlo plenamente a la legalidad.

población. No obstante, no toda atribución de uso exclusivo a un determinado espacio susceptible de constituir finca independiente es constitutivo de una parcelación porque puede suceder que un derecho de superficie implique una división del aprovechamiento de las fincas sobre las que se constituyere, pero se acredite su carácter temporal y carezca, consecuentemente, de carácter permanente y exista división de aprovechamiento, pero que no se realiza de modo exclusivo, pues se contempla el mantenimiento por parte del propietario de las facultades de uso y aprovechamiento sobre la porción respecto de la que se constituye el derecho. Si así sucede, no cabrá subsumir el negocio jurídico en la categoría jurídica de las parcelaciones, sino que habrá que admitir que estamos ante un derecho de superficie que si reúne los requisitos necesarios, podrá ser inscrito en el Registro de la Propiedad.

### 3.2.4. El derecho de vuelo y de subsuelo

#### A) *Concepto*

Desde la reforma del RH, operada por el Decreto de 17 de marzo de 1959, su art. 16.2 -como único referente legal<sup>782</sup>-, regula los derechos que describe como de elevar una o más plantas sobre un edificio o de realizar construcciones bajo su suelo haciendo propias las edificaciones resultantes. Dichos derechos no reciben una denominación única, siendo, a veces, llamados derecho de vuelo y de subsuelo, y otras, derechos de sobreedificación o subedificación<sup>783</sup>.

La citada disposición legal establece: *«El derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del apartado 3º del artículo 8 de la Ley y sus concordantes. En la inscripción se hará constar: a) las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento; b) determinación concreta del número máximo de plantas a*

---

<sup>782</sup> Debe indicarse que sí guarda relación con el derecho de sobre o subedificación el art. 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, que alude a la construcción de nuevas plantas, a los efectos de establecer que afectan al título constitutivo y someter su realización al régimen establecido para la modificación del mismo -unanímadamente-.

<sup>783</sup> BALLESTEROS ALONSO, M., «Derecho de vuelo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 612, 1992, p. 2055.

*construir*<sup>784</sup>; c) *el plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo, que no podrá exceder de diez años*; d) *las normas de régimen de comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción*».

Debido a la forma en que los mismos se encuentran regulados, han de explicarse sus características principales para conocer las diferencias y similitudes fundamentales entre estos derechos y el derecho de superficie<sup>785</sup>. De hecho, entre las distintas posturas existentes sobre su naturaleza jurídica encontramos aquella que considera los derechos de vuelo y subsuelo como derechos reales limitativos del dominio; la que piensa que se trata de verdaderos dominios o derechos de propiedad que recaen sobre el espacio aéreo de una finca perteneciente al menos en parte a otro titular; y la que considera que existen dos fases, una primera, en la que hay un derecho de construir sobre cosa ajena, y otra, segunda, en la que hay un derecho de propiedad en régimen de propiedad horizontal sobre las edificaciones realizadas<sup>786</sup>. Pues bien, dentro de la primera tesis hay autores que los configuran como un puro derecho de superficie<sup>787</sup> y quienes los caracterizan como un derecho real *sui generis* distinto del de superficie<sup>788</sup>.

---

<sup>784</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001 -RJ 2001/1479- declaró nulo el apartado b) del art. 16.2, estimando que la exigencia referente a la necesidad de hacer constar en la inscripción registral el número máximo de plantas a construir supone imponer un requisito previo para la inscripción del derecho de vuelo o subsuelo que sólo el ordenamiento urbanístico en vigor puede establecer.

<sup>785</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil, vol. III, Derecho de bienes...*, op. cit., p. 691, explica que el derecho a elevar un edificio o a construir en el subsuelo, a pesar de su inexactitud terminológica, sigue siendo un derecho de superficie, que se rige por sus reglas. «*Ahora bien, este derecho en orden al sobrevuelo o al subsuelo, puede establecerse también, no como derecho de superficie, sino como derecho real a elevar una construcción sobre un edificio o a realizarla bajo el suelo. Y cuando la construcción se lleva a cabo, se deviene dueño independiente de lo construido y sin derecho de superficie sobre el suelo. Tal derecho se rige, no por las reglas de la superficie, sino por las generales a los derechos reales. Entonces el que construyó el piso elevado sobre el edificio de propiedad ajena, es dueño de aquél, y – como en la propiedad horizontal, y a que realmente es un caso de ésta- tiene en condominio, con los dueños de los demás pisos, los elementos comunes del inmueble total, y entre ellos, el suelo*».

<sup>786</sup> ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J.L., «El derecho de vuelo en nuestro ordenamiento (consideraciones a propósito de unas recientes resoluciones)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 664, 2001, pp. 681 y ss., explica que ésta última tesis es la más correcta, ya que «*hablar, como hace la primera, de un derecho de propiedad sobre el espacio aéreo, nos parece -aun reconociendo que la corporalidad del objeto no es hoy un requisito tan absoluto como lo fue en otros tiempos- que es excesivo, sobre todo teniendo presente que existen otras vías para alcanzar ese resultado, y que son más naturales. Y la explicación apuntada sub b), aunque atendible en su idea de fondo, resulta sin embargo poco clara en su formulación técnica: si se trata de derecho real y no lo es en cosa ajena, por fuerza ha de serlo entonces de propiedad. Pero, desde el principio, desde el mismo momento de su constitución. Esto no parece posible, y el mismo autor que sostiene esta explicación admite que la propiedad horizontal es el resultado al que se llega cuando el derecho a sobreelevar se ejercita. Y entonces, aquí es este, hasta que se ejercita. Esto no se aclara*».

<sup>787</sup> DÍEZ-PICAZO Y DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Tomo III, Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008,

Debe apuntarse que la DGRN en su Resolución de 5 de febrero de 1986 (BOE de 26 de febrero de 1986) sostiene que no cabe confundir el derecho de superficie previsto en la legislación urbanística (y antes en el núm. 1 propio art. 16 del RH, declarado nulo por la Sentencia del Tribunal Supremo -Sala Tercera-, de 31 de enero de 2001, -RJ 2001/1083-) con el derecho de vuelo, al ser tales derechos radicalmente distintos, entre otras razones, porque el derecho de vuelo se concreta en un dominio perpetuo sobre la obra ejecutada y sujeto al régimen de propiedad horizontal por conllevar titularidad sobre los elementos comunes.

Los derechos de vuelo y subsuelo se configuran como derechos reales de carácter limitado. El punto de partida es el art. 609 del C.c. Así pues, estos derechos de

---

pp. 116 y 117, se refiere a ellos como análogos al derecho de superficie o, si se prefiere, incluibles dentro de él.

<sup>788</sup> Hay autores que, por el contrario, defienden la distinción entre el derecho de vuelo y el derecho de superficie. Entre ellos, ARNAIZ EREGUREN, R., *Los aparcamientos subterráneos. Notas sobre su organización jurídica y su acceso al Registro de la Propiedad*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 118 y 119, precisa que: «si bien ambas figuras jurídicas se sitúan en el ámbito de los problemas jurídicos que plantea la división de los inmuebles en espacios cúbicos definidos en la proyección vertical de la finca, lo que da lugar a una cierta parificación normativa en su tratamiento, tal y como resulta de la redacción del art. 16.1 del Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el RH, las diferencias entre una y otra son profundas. En efecto:

- *El derecho de superficie, tiene como finalidad propia, la de permitir la enajenación temporal de una pars domini, de tal forma que el derecho transmitido revierta inexcusablemente a su titular transcurrido el plazo previsto en su constitución. Por el contrario, el derecho de levante o de vuelo supone la transmisión o la reserva para su titular de la facultad de edificar en nombre propia una parte concreta y determinada de la finca ajena.*
- *El derecho de levante culmina inevitablemente en la constitución de la propiedad horizontal, en cualquiera de sus modalidades, entre su titular y el del dominio del resto del espacio edificable de la finca que constituye su objeto. El derecho de superficie es, en sí mismo, susceptible de organización en propiedad horizontal, si bien el derecho exclusivo a los elementos de atribución privativa y el derecho compartido sobre los elementos comunes se limitará a la propiedad superficiaria, con exclusión del dominio residual del concedente, denominado gráficamente en la Ley titular del Suelo, aunque, en realidad la noción física de éste llegue a desaparecer en tanto dure la titularidad superficiaria».*

También, en este sentido, MARTÍNEZ ORTEGA, J.C. (coord.), *Urbanismo. Edificación y propiedad horizontal...*, op. cit., p. 333, indica que, a pesar de que no hay regulación sustantiva, el derecho de vuelo se configura como un derecho real diverso, sin perjuicio de que, además, se puede configurar como derecho de superficie. «Como derecho real, se configura como la potestad de elevar una o más plantas sobre un edificio construido o también realizar construcciones bajo rasante, haciendo suyas las mismas rasantes, pudiendo reservarse el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca, tal derecho o el de transmitirlo a un tercero». Por ello, es definido como «el derecho real de carácter limitado que faculta a su titular para construir un volumen determinado, sobre o bajo un edificio total o parcialmente ajeno, cuyo ejercicio supondrá la adquisición por parte del titular de un derecho de propiedad sobre los nuevos elementos construidos y la integración del edificio en el régimen de propiedad horizontal, en caso de que no estuviere todavía».

vuelo y subsuelo pueden constituirse por actos *inter vivos* o *mortis causa*, a título oneroso o gratuito, a lo que deberían añadirse las vías de reserva<sup>789</sup>:

- a) *Deductio*: el propietario transmite la propiedad de lo que ya ha construido, reservándose el vuelo. Esta práctica fue muy generalizada hace algunos años, cuando el constructor se reservaba, en los contratos, la posibilidad de elevar plantas, poniéndose como cláusula de estilo en todos los documentos privados suscritos como una posibilidad que en muchos casos nunca llegaría a usarse.
- b) *Traslatio*: el propietario transmite el derecho de vuelo y se reserva la propiedad de lo construido.

### **B) Contenido**

Su contenido, como señala el RH, consiste en la posibilidad de construir sobre o bajo el edificio de otro, haciendo propia la edificación resultante.

### **C) Ejercicio**

Al tratarse de derechos reales que otorgan a sus titulares la facultad de actuar sobre la cosa directamente, sin intermediarios quien detenta el derecho de vuelo, podrá ejercitarlo por sí solo construyendo las nuevas plantas. La obligación que compete en este caso al dueño o dueños de la finca gravada con el derecho de vuelo es la de abstenerse de obstaculizar la realización de las nuevas construcciones. Sin embargo, el dato de que el derecho real de vuelo implique una vocación al condominio y todo lo que hemos dicho antes en cuanto a la mayor o menor determinabilidad en el título constitutivo de las repercusiones que el ejercicio de vuelo tendrá para los propietarios por él gravados, puede dar lugar a casos en que sea necesaria la colaboración activa de éstos en los actos en que se documente el ejercicio del vuelo; actos que serán siempre o un título constitutivo o un título modificativo de una propiedad horizontal.

### **D) Inscripción**

Los derechos de vuelo y subsuelo son inscribibles en el Registro de la Propiedad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 16 del RH, que señala: «el

---

<sup>789</sup> CORVO LÓPEZ, F.M., *El derecho de sobreedificación y subedificación y su integración en el régimen de propiedad horizontal*, Ed. Fundación Registral, Código de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2010, p. 118.

*derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del apartado 3 del artículo 8 de la Ley y sus concordantes».* Quiere decirse que, conforme a las normas que regulan la inscripción, es opinión común entender que en estos derechos no es constitutiva<sup>790</sup>.

En la inscripción es necesario indicar las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento y además, en su caso, las normas del régimen de comunidad<sup>791</sup>.

Para autorizar la escritura de obra nueva deben reunirse todos los requisitos relativos a licencias, certificado del arquitecto, seguro decenal, etc.

La Resolución de la DGRN de 18 de noviembre de 2002 (BOE de 28 de diciembre de 2002) establece las condiciones necesarias para la inscripción de un derecho de vuelo. Así, la escritura tiene que contener los elementos necesarios para la inscripción del derecho, pues la falta de determinación de alguno de ellos (no especificar el número de plantas a construir, plazo de finalización de la construcción, etc.) es motivo de denegación de la inscripción en el Registro de la Propiedad. Por ello, si se quiere que tenga acceso a la protección legal *erga omnes*, que confiere su inscripción en el Registro de la Propiedad, deberá constar documentado en escritura pública, así como cumplir con las exigencias que señala el art. 16.2 del RH para tener acceso al Registro de la Propiedad, esto es, la determinación de las cuotas que correspondan a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento [apartado a) del precepto], así como las normas del régimen de comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción [apartado d) del precepto citado]. Fuera de estos casos el Registrador no podrá denegar la inscripción de actos relativos a un derecho de vuelo, exigiendo en su calificación algún requisito adicional que ni la LH ni el propio RH requieren, más allá de los dos precitados<sup>792</sup>.

---

<sup>790</sup> En este sentido, puede consultarse la Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de febrero de 1993, -RJ 1999/1223-.

<sup>791</sup> ÁVILA NAVARRO, P., *Formularios notariales, Tomo IV*, Bosch, Barcelona, 2012, p. 511.

<sup>792</sup> MATHEU DELGADO, J.A., «El recurso gubernativo contra la calificación registral como procedimiento extrajudicial de solución de un conflicto jurídico en el ámbito civil: su aplicación a los derechos reales de vuelo y subsuelo», *Revista Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 27, 2010, p. 114.

También la Resolución de la DGRN de 3 de septiembre de 2012 (BOE de 11 de octubre de 2012) realiza importantes precisiones sobre la inscripción del derecho de vuelo. En este sentido, sostiene: *«Es doctrina de este Centro Directivo que, en tanto una construcción no esté concluida o, por lo menos, comenzada, no puede hacerse constar en el Registro que existe ya sobre cada local o apartamento una propiedad separada; es decir, no podrá inscribirse el régimen de propiedad horizontal como tal, pues para esto la LH (artículo 8, números 4 y 5) exige que la construcción esté construida o, por lo menos, comenzada. Pero -de acuerdo con los criterios aceptados en la Resolución de 18 de abril de 1988- desde que se produzca acuerdo suficientemente determinado sobre la construcción, procede la inscripción y los elementos independientes pueden constar como términos de referencia de los derechos que sobre la finca pudiera tener el titular registral. Así ha ocurrido en el expediente objeto de este recurso en el que, el titular del derecho de vuelo ha declarado en su ejercicio, determinada obra nueva y ha procedido a la inscripción de las necesarias modificaciones del régimen de propiedad horizontal. Desde el momento de la inscripción en ejercicio del derecho de vuelo el Registro proclama la presunción de exactitud y veracidad del contenido de sus asientos y, en consecuencia, de la titularidad dominical del titular, no sólo sobre los elementos individuales objeto de inscripción separada y especial, sino también sobre los elementos comunes (artículos 3 y 5 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal). Igual ocurre con los derechos de hipoteca inscritos con posterioridad a la declaración de obra nueva».*

### ***E) Extinción***

Los derechos de vuelo y subsuelo se extinguen:

1. Por su ejercicio, en cuyo caso el derecho como tal desaparece y en su lugar surge un auténtico derecho de propiedad sobre lo edificado, sujeta dicha propiedad al régimen de propiedad horizontal.
2. Por transcurso del plazo que se haya fijado para el ejercicio sin que la edificación se haya realizado. Esa extinción por el no ejercicio durante el plazo fijado es un caso de caducidad del derecho.
3. Por prescripción.

**CAPÍTULO VIII. LA VALORIZACIÓN A TRAVÉS DE LOS  
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**





## 1. LA FINANCIACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS: REDEFINICIÓN DEL PAPEL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

### 1.1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Las infraestructuras públicas<sup>793</sup> constituyen un soporte imprescindible para el crecimiento y el desarrollo de los pueblos<sup>794</sup>. Los ciudadanos reclaman más y mejores infraestructuras de los sectores productivos y una mayor calidad-precio para los servicios que se prestan sobre aquéllas<sup>795</sup>. A través de las mismas, se satisfacen diversos fines de interés público, tales como el desarrollo regional, la ordenación del territorio o

---

<sup>793</sup> GALÁN VIOQUE, R., *Obras públicas de interés general*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2004, p. 146, realiza importantes precisiones sobre la definición de infraestructuras públicas. En concreto, declara: «Bajo el concepto de infraestructuras se encierra una realidad que, aunque hunde sus raíces en la noción decimonónica de obra pública, incorpora las transformaciones derivadas de los avances tecnológicos que se han venido produciendo. Como ha señalado la doctrina administrativa de todas las acepciones posibles que el término infraestructura tiene en el Diccionario de la Real Academia, hay que acudir a aquella que la define como “un conjunto de elementos o servicios que se consideren necesarios para la creación y funcionamiento de una organización cualquiera”. De acuerdo con esta definición y siguiendo a VILLAR EZCURRA, lo que diferencia el viejo concepto de obra pública del más moderno de infraestructura es la posibilidad de que en este último se integren elementos no tangibles (servicios) y, sobre todo, su contenido finalista en el sentido de que engloba todo lo indispensable para que se financie una organización». Añade, VILLAR EZCURRA, J.L., en su trabajo «Las infraestructuras públicas: viejos y nuevos planteamientos», editada por Ariño & Almoguera, Abogados, *Nuevo Derecho de las infraestructuras*, coedición de la Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red y la Editorial Montecorvo, Madrid, 2001, pp. 82-83, «De esta forma se admite que formen parte de la infraestructura elementos materiales e inmateriales (que, por cierto, son una parte muy importante de las infraestructuras de telecomunicaciones) haciendo patente que se trata de una primera expresión tradicional de obra pública». Sin embargo, la diferenciación entre este concepto y el de obras públicas no deja de estar exenta de problemas; por un lado, la propia existencia de la red es discutible, por otro, en algunos estamos en sectores liberalizados, mientras en otros se requerirá un impulso público.

<sup>794</sup> GONZÁLEZ MARÍN, A., «Límites y alternativas a la financiación presupuestaria de infraestructuras», ROMERO ÁLVAREZ, F.J. (coord.), *Nuevas formas de financiación de proyectos públicos*, Cámara de Cuentas de Andalucía, Civitas, Madrid, 1999, p. 15.

<sup>795</sup> GONZÁLEZ SANFIEL, A.M., *Un nuevo régimen para las infraestructuras...*, op. cit., pp. 31-32, afirma: «Los ciudadanos exigen que, en cualquier caso, se garantice un conjunto e prestaciones consideradas básicas, asequibles a todos en condiciones de igualdad y continuidad (servicio universal), pero aumentando su calidad y abaratando su coste». Añade además: «Políticamente las infraestructuras se presentan como un símbolo de progreso y bienestar para la sociedad (...)».

la política de los transportes. Por ello, aunque a las Administraciones públicas ya no se les exija ser las únicas protagonistas de dicho crecimiento<sup>796</sup> (el elevado coste de su ejecución y la diversidad de intereses implicados hacían necesaria la imposición de un

---

<sup>796</sup> DORREGO DE CARLOS, A. y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F., «La colaboración público-privada», en la obra coordinada por ellos, *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2009, p. 163, sostienen que en los últimos tiempos, se han modificado los esquemas tradicionales a través de los cuales las Administraciones públicas satisfacen las necesidades de los ciudadanos al haberse producido una evolución notable en relación con la forma en que las Administraciones gestionan los asuntos públicos. También en este sentido, HERNANDO RYDINGS, M., *La colaboración público-privada. Fórmulas contractuales*, Thomson Reuters, Civitas, Navarra, 2012, pp. 164 y ss., explica: «Existe una importante corriente doctrinal que sostiene que el papel del Estado en el ámbito económico ha evolucionado, muy notablemente, en los últimos tiempos, al haber pasado éste de prestador directo de servicios a organizador, regulador y controlador. Es más, hay quienes sostienen que el fenómeno de la CPP sólo puede incardinarse en otro más amplio de cuestionamiento del paradigma tradicional de la gestión de los asuntos públicos y con la aparición de un nuevo modelo en el que se impone una concepción multilateral del gobierno con los ciudadanos, en la que el Estado comparte el protagonismo con otros actores también llamados a la satisfacción de los intereses generales. (...) se consideraba necesario reorganizar el sector público a través de la adopción de una serie de planteamientos destinados a mejorar el desempeño de funciones públicas, dando un enfoque empresarial a la Administración pública y poniendo énfasis en la economía, la eficacia, la eficiencia de los aparatos públicos y en la consideración del ciudadano como cliente. A grandes rasgos, cabe afirmar, que la idea central de esta corriente es que los ciudadanos, a través de sus representantes políticos, retomen el control del Estado, desplazado impropiamente a las manos de los burócratas y de los grupos de interés. Sin embargo, una década más tarde, se percibe la sensación de que los resultados del movimiento de la nueva gestión pública está siendo, cuando menos equívocos, ya que se comienza a advertir que en muchos países el gobierno es menos responsable y no más eficaz que antes, como consecuencia, sobre todo de dos disfuncionalidades del sistema de la nueva gestión pública: la imposible separación entre la concepción y la ejecución, y la difícil coordinación y colaboración administrativa con los sectores empresariales y sociales». Por todo ello, puede afirmarse que los mercados se presentan hoy ante nosotros con tres actores: las empresas, los consumidores y las Administraciones públicas. Estas últimas, si bien conservan las funciones clásicas, ostentan un nuevo papel de reguladoras de los mercados; garantes de que los mercados funcionan conforme a las reglas de la competencia efectiva y en igualdad de condiciones. Las nuevas Administraciones públicas no intervencionistas, sino reguladoras deben ser eficientes al desempeñar dicho papel. GONZÁLEZ SANFIEL, A.M., «El control comunitario sobre la financiación estatal de infraestructuras», *Revista de Administración Pública*, núm. 187, 2012, p. 68, argumenta: «Tradicionalmente, la financiación pública de las infraestructuras de uso colectivo, tales como carreteras, puertos o aeropuertos se consideraba como una medida general de política económica que no podía calificarse de ayuda de Estado. Se entendía que este tipo de actuaciones era una medida general que beneficiaba al conjunto de la economía de un país, salvo cuando pudiera acreditarse que las aportaciones públicas fueran selectivas, es decir, que beneficiaran a una empresa o grupo de empresas, en cuyo caso se les daba el tratamiento de ayuda del Estado. Pero esto era la excepción: los Estados no se veían como operadores económicos por el desarrollo de esta actividad. Este planteamiento ha comenzado a cambiar hace unos años». También en este sentido, RODRÍGUEZ CURIEL, J.W., *Ayudas de Estado a empresas públicas*, Ministerio de Industria y Energía, Madrid, 1989, p. 72; FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1993, p. 34; y FUERTES FERNÁNDEZ, A., «Fundamentos de la colaboración público-privada para dotación de infraestructuras y servicios», *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras (REDETI)*, año X, núm. 29, 2007, quien sostiene: «La posición del sector público respecto a la provisión de infraestructuras y servicios está cambiando de forma generalizada pasando de gestionar directamente los activos, asumiendo los riesgos inherentes a su propiedad, a desempeñar un papel meramente planificador y regulador de la actividad privada en garantía del interés público y de los consumidores».

monopolio público en este sector), sí deben garantizar la creación de un marco jurídico adecuado, para la provisión de los equipamientos, requeridos por la sociedad<sup>797</sup>.

Los conflictos surgidos entre el régimen demanial y la construcción de infraestructuras han permitido concluir la falta de adaptación del dominio público a las necesidades de las políticas públicas<sup>798</sup>. El régimen jurídico en el que se insertan los bienes demaniales, una de cuyas características fundamentales es su ubicación fuera del comercio, es decir, en términos económicos, del mercado, dificulta el recurso al crédito e implica que no puedan ser objeto o soporte de transacciones de ninguna clase. Ha de tenerse en cuenta que uno de los mayores problemas planteados por la rigidez institucional del dominio público y su extracomercialidad es que puede llegar a impedir la realización de inversiones sobre bienes demaniales y actualmente lo que se pretende es alcanzar mayor rentabilidad económica con nuevas redes de infraestructuras, financiadas y gestionadas por entidades privadas<sup>799</sup>.

Al resultar insuficientes las fórmulas tradicionales<sup>800</sup> de financiación presupuestaria<sup>801</sup>, se intenta buscar nuevas figuras jurídico-económicas<sup>802</sup> que permitan

---

<sup>797</sup> BRUNETE DE LA LLAVE, M.T., *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público, especial aplicación a las entidades locales*, La Ley, Madrid, 2009, p. 48.

<sup>798</sup> MOREU CARBONELL, E., «Desmitificación, privatización y globalización...», *op. cit.*, p. 459.

<sup>799</sup> RUIZ OJEDA, A., *Dominio público y financiación privada de infraestructuras y equipamientos: un estudio del caso francés y análisis comparativo de la reciente regulación española*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p.15.

<sup>800</sup> VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., *Ejecución y financiación de obras públicas: estudio de la obra pública como institución jurídico-administrativa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 347, «En los últimos tiempos ha despuntado el interés por ensayar formas de ejecución de obras públicas que favorezcan la financiación privada o extrapresupuestaria. Siendo precisos con la realidad, hay que advertir que fundamentalmente se encuentran en la práctica numerosos ejemplos que persiguen dicho objetivo (...)».

<sup>801</sup> RAMÓN FERNÁNDEZ, T., «Las obras públicas», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, 1983, p. 2427, indica que al Estado-Providencia ya no le alcanzan las fuerzas para sostener las urgentes cargas que hemos echado sobre él. «El proceso de transformación de los viejos Estados-Nación del occidente europeo en un sentido plurinacional y la afirmación progresiva, aunque llena de dificultades, de una organización supraestatal a escala continental, están exigiendo, sin duda alguna, una profunda renovación de la cultura jurídica recibida, fruto de otras necesidades e incapaz en muchos casos de comprender siquiera los fenómenos que hoy estamos viviendo». También GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., «Notas sobre la financiación de la obra pública mediante el otorgamiento de concesiones de dominio público», *Revista de Administración Pública*, núm. 162, 2003, p. 237, afirma: «Las recientes modificaciones introducidas en la regulación de la contratación administrativa han tenido como principal objetivo facilitar la financiación (pública o privada) de las obras públicas. Tanto la Ley 44/2002, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (...) como la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas (...), han tenido como finalidad común introducir mecanismos que permitan la construcción, conservación y, en su caso, explotación de obras públicas sin necesidad de que la Administración contratante desembolse fondos públicos, al menos inicialmente. A su vez, para permitir la afluencia de capital privado en este ámbito, se han establecido

financiar estas infraestructuras y los servicios, con el menor impacto sobre las cuentas públicas<sup>803</sup>, pues en principio la diferencia entre la proyección de gasto público y los recursos corrientes, susceptibles de recaudación, se pueden cubrir por dos vías: aumentando los tributos (mediante el incremento de las cuotas líquidas que deben satisfacer los sujetos pasivos de las diferentes figuras tributarias) o recurriendo al déficit y al endeudamiento (posponiendo el pago de las infraestructuras, para lo cual en ejercicios futuros deberán utilizarse fórmulas idóneas para satisfacer la deuda aplazada). Ante esta realidad y dado que los recursos presupuestarios no son ilimitados<sup>804</sup>, las decisiones adoptadas por las Administraciones tienen que ser compatibles con las limitaciones legales que se imponen sobre el déficit y el endeudamiento<sup>805</sup>.

---

*instrumentos de diversa índole dirigidos a facilitar que el contratista o concesionario pueda efectivamente obtener los fondos precisos a tal fin».*

<sup>802</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo...*, Tomo IV, op. cit., pp. 269-270, sostiene: «(...) la radical diferenciación de tareas y responsabilidades entre los poderes públicos y la sociedad ha mutado (...). Las Administraciones públicas empezaron a recurrir, a partir de las fechas indicadas -desde finales del siglo XX- a la actuación consensuada, participada con los interesados y formalizada, de un modo cada vez más regular, en acuerdos, convenios y contratos. Por otra parte, la Comunidad Europea se apercibió, simultáneamente con los anteriores cambios en los criterios de gestión de los asuntos públicos, de la importancia económica de la contratación administrativa que movía en los diferentes países europeos recursos que representaban un porcentaje del PIB muy elevado. Se iniciaron, partiendo de esta constatación, políticas de apertura de los mercados de la contratación de las que resultó el establecimiento de regulaciones que, al menos, aseguraran la publicidad de la actividad contractual pública y la plena eficacia en ese entorno de las libertades comunitarias de libre circulación y establecimiento de regulaciones que, al menos, aseguraran la publicidad de la actividad contractual pública y la plena eficacia en ese entorno de las libertades comunitarias de libre circulación y establecimiento expresadas en el derecho de cualquier empresa a participar como contratista con la Administración».

<sup>803</sup> Indica GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., en su trabajo «Nuevos desarrollos de la idea de la colaboración privada empresarial en el ejercicio de funciones públicas», *Presupuesto y gasto público*, núm. 45, 2006, Instituto de Estudios Fiscales, p. 33, que esta lógica es decisiva para entender el fenómeno de la colaboración público-privada, pues al poder público se le exige no sólo eficacia en la realización de sus funciones, sino también que prescinda de endeudarse presupuestariamente, y se entiende así que los colaboradores privados hayan encontrado un campo abonado para su intervención en la ejecución de infraestructuras públicas, donde es necesaria una actividad financiera de gran magnitud.

<sup>804</sup> CASARES MARCOS, A., *La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*, Montecorvo, Madrid, 2007, p. 164, indica que el motivo reiterado para emprender este nuevo rumbo no es otro que la necesidad de hacer frente a la escasez presupuestaria, a las limitaciones financieras existentes para hacer frente desde el sector público a unas necesidades y exigencias de gasto cada vez mayores.

<sup>805</sup> El art. 104 del Tratado de la Unión Europea obliga a los Estados miembros a «evitar déficit públicos excesivos». En relación con este mandato, el protocolo 20 del Tratado fijó la proporción entre producto interior bruto y déficit público en el 3 por ciento y, además, la relación entre la deuda pública y el producto interior bruto en el 60 por ciento. En desarrollo de estos preceptos, en orden a fijar conceptos y criterios contables uniformes, el Consejo aprobó varias disposiciones normativas; en concreto, los Reglamentos (CEE) 3605/93, sobre el procedimiento de aplicación del protocolo en caso de déficit excesivo; 2223/96, sobre el sistema de cuentas nacionales y regionales (conocido como Reglamento SEC-95); 1466/97, sobre aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo; y 1467/97, de

En este contexto, debe señalarse que son numerosas las normas que incorporaron reglas y principios tendentes a garantizar una consolidación equilibrada de los presupuestos de las diferentes Administraciones<sup>806</sup>.

Todo ello -agravado por la dureza de la crisis<sup>807</sup>- ha propiciado que se hayan debido buscar y encontrar fórmulas a través de las cuales el sector público recibiera financiación del sector privado, no sólo por su necesidad de contar con fondos de éste, sino porque, de esta manera, se les puede permitir a los Estados acceder a mejores soluciones técnicas y más avanzadas, en los proyectos que deban abordar, para la

---

supervisión de situaciones presupuestarias y programas de estabilidad y planes de convergencia. Todo ello demuestra, como explica MORENO MOLINA, J.A., «El proceso de formación de un derecho global de la contratación pública», *Revista DIXI*, núm. 15, 2012, p. 9, que «*Se puede concluir con firmeza que -el de la contratación- es un sector paradigmático en la consolidación del Derecho Administrativo Global. En efecto, en los últimos años los contratos públicos han sido objeto tanto de importante legislación y acuerdos internacionales (...) como de actuaciones administrativas. La Unión Europea cuenta hoy con una completa legislación sobre contratación pública, integrada tanto por normas sustantivas como normas procesales y de recursos en los procedimientos de contratación*». Este mismo autor en su trabajo «El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de mayo de 2010, en el asunto T-258/06, Alemania contra Comisión Europea», GARCÍA MACHO, R.J., «Transparencia y derecho de acceso a la información de los ciudadanos y de terceros a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: consideraciones sobre las sentencias IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds/Comisión» GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. y ALONSO GARCÍA, R. (coords.), *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Thomson-Reuters, Navarra, 2012, pp. 3429 y ss., explica que los Estados siguen siendo libres para mantener o adoptar normas sustantivas y procedimentales que disciplinen los contratos públicos, pero, eso sí «*a condición de que se respeten todas las disposiciones aplicables del Derecho comunitario y, en particular, las prohibiciones derivadas de los principios consagrados en el Tratado*».

<sup>806</sup> Pueden citarse la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria; la Ley Orgánica 5/2001, de 12 de diciembre, complementaria de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria; el Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria; la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera; y la Ley Orgánica 4/2012, de 28 de septiembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

<sup>807</sup> BERNAL BLAY, M.Á., *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas "paraconcesionales"*, Thomson-Reuters, Navarra, 2010, pp. 302-303, explica que en el escenario económico actual, la financiación de las obras y la imputación contable de las inversiones son las cuestiones que centran la atención de los promotores de la obra pública. «*En este sentido, como consecuencia de la adopción de una serie de medidas económicas para frenar los efectos de la crisis económica, algunas de las cuales han estado relacionadas con la política de inversiones en obra pública, las finanzas públicas han sufrido un grave deterioro, elevando el déficit público hasta el 11,4 por ciento del PIB. En el Consejo de Ministros de 29 de enero de 2010, fueron aprobados un Plan de acción inmediata 2010 y un Plan de austeridad de la Administración General del Estado 2011-2013 que, entre otras medidas, contemplaban la reducción de las inversiones en una cuantía equivalente al 0,5 por ciento del PIB (en torno a 5.000 millones de euros). En esa misma línea de reducción del déficit, algunas Administraciones han visto incluso restringida su capacidad de endeudamiento. Para compensar esa reducción de las inversiones en obra pública, se pretende impulsar y desarrollar fórmulas de colaboración (sobre todo en la parcela financiera) con el sector privado que no generen déficit, ya que las fórmulas de contratación tradicionales hacen que la inversión se consolide como déficit*».

satisfacción de los intereses generales<sup>808</sup>. Estas fórmulas novedosas de ingeniería jurídica posibilitan un alto grado de privatización de la construcción y explotación de los bienes públicos<sup>809</sup>.

Actuando conjuntamente, deben intentar conseguir lo que cada uno por separado no logra o lo hace con dificultad o ineficiencia. En consecuencia, no se ha de tratar, tan sólo, de evitar las restricciones presupuestarias de los Gobiernos, sino de mejorar la calidad y el nivel de los servicios públicos, lo cual, a pesar de las buenas intenciones, no se sabe con seguridad si podrá o no conseguirse.

Estamos así ante otra de las manifestaciones de la valorización, ya que estos mecanismos intentan rentabilizar los recursos con los que cuentan las Administraciones públicas, teniendo siempre como objetivo el cumplimiento de finalidades públicas. Con su aplicación, puede diferenciarse el dominio público del derecho que se constituye sobre el mismo. No quiere decirse que estos instrumentos vayan a aportar soluciones extraordinarias<sup>810</sup>, sino que pueden constituir en algunas ocasiones herramientas favorables para las Administraciones y, en consecuencia, para la colectividad. Habrá que analizar cada caso y determinar, en función de las circunstancias concretas, si es conveniente o no su utilización.

---

<sup>808</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., «Contrato de colaboración público-privada», *Revista de Administración Pública*, núm. 170, 2006, p. 9, defiende: «De hecho, entre los argumentos que se utilizan por sus defensores suele haber un llamamiento a la denominada solidaridad intergeneracional, en el sentido de que con los CPP, que se suelen abonar a lo largo de toda la vida de la infraestructura, se permite precisamente que no sea una generación la que corra con el coste de construcción, del que se van a beneficiar generaciones futuras. Esta proyección futura plantea el problema, sin embargo, de que con ello se está condicionando la acción pública en un número de anualidades que excede de los plazos normales en los procesos electorales y, por ende, cuestiona la capacidad de que la fuerza que ha obtenido la mayoría electoral pueda desarrollar su programa de gobierno, ya que está condicionado por decisiones con las que puede no estar de acuerdo en el fondo o en la forma de ejecutarlo».

<sup>809</sup> TORRES PRADAS, L. y PINA MARTÍNEZ, V., «La financiación privada de infraestructuras públicas: el peaje en la sombra», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, núm. 123, 2004, pp. 899 y ss. «Para hacer compatibles estas políticas con la demanda social de más y mejores servicios, se han puesto en marcha estrategias de privatización, descentralización y externalización de servicios públicos, entre los que destaca la contratación con el sector privado de la construcción, explotación y mantenimiento de infraestructuras y otros inversores tradicionalmente realizados por las Administraciones públicas».

<sup>810</sup> VERGES I JAIME, J., *Empresas públicas: cómo funcionan comparativamente a las privadas. Eficiencia, eficacia y control*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2008, p. 211 y ss., indica que suele afirmarse: «Dado que la gestión de una empresa sería más eficiente si es de propiedad pública, si un gobierno persigue mejorar la eficiencia de las empresas de la economía se deshará de sus empresas públicas, vendiéndolas al sector privado». Sin embargo, añade este autor que esta teoría no tiene validez universal ni da una respuesta a la privatización, sino que existe detrás una importante carga ideológica.

Además, puede verse que esta valorización se acentúa ya que en la actualidad los poderes públicos gestionan sus infraestructuras con criterios comerciales<sup>811</sup>, recibiendo una retribución por su uso, a pesar de que el cobro de las tasas por dichas utilizaciones no se veía inicialmente como un factor de gestión empresarial o comercial, sino como una manifestación de la potestad tributaria o fiscal, es decir, como algo ligado al ejercicio de una función pública, más que como la remuneración económica por un servicio, tal y como se entendería con posterioridad. Quiere decirse que el reconocimiento de la gestión y la explotación de las infraestructuras como una actividad económica, esto es, la mayor vocación empresarial o comercial cambia también la concepción que el pago va a tener<sup>812</sup>. Esto presupone igualmente una redefinición de los papeles que juegan los diferentes actores en esta materia, es decir, empresas, Administraciones y ciudadanos.

Por último, debe señalarse que, como se verá, a continuación, todos estos nuevos modelos se escapan de las clásicas figuras de los préstamos dinerarios que deben ser devueltos a cambio de intereses. El sector o socio privado no se limita a aportar la financiación, sino que tiene otras facultades como el poder aconsejar o asesorar sobre cómo conciliar esas aportaciones privadas con otras maneras de financiación. Por otro lado, dicho socio privado debe asumir los riesgos que le son propios por su condición de empresario e inherentes a la actividad que va a desarrollar, si bien el concepto de un precio a cambio del que el empresario soporta todo el riesgo y ventura se ha modificado, puesto que la Administración asume también una parte, como es el caso de los riesgos derivados de los cambios de las coyunturas políticas y económicas.

---

<sup>811</sup> GONZÁLEZ SANFIEL, A.M., «El control comunitario sobre...», *op. cit.*, pp. 73 y 83, advierte: «La mayor vocación comercial en la gestión de las infraestructuras está generando múltiples problemas de transparencia en el funcionamiento de los mercados. Tanto la Comisión Europea como el Tribunal de Justicia han tenido ocasión de corregir algunos excesos cometidos por los Estados a través de los gestores de sus infraestructuras». También llama la atención sobre la necesidad de cambiar, de usar otros parámetros de enjuiciamiento, de ver a las distintas Administraciones públicas como un operador económico más y no solo como un poder público. «Sólo cuando actúa como un operador económico, es decir, cuando la construcción de la infraestructura y su explotación adquieren una dimensión comercial, se cuestiona o plantea la inversión desde el ámbito de las ayudas de Estado. Si actúa como empresario se le exige autofinanciación y rentabilidad en la inversión, tasas ajustadas a su coste; en otras palabras, respeto al principio del inversor privado».

<sup>812</sup> Sobre la penetración del Derecho privado en estas instituciones, GONZÁLEZ SANFIEL, A.M., *Un nuevo régimen para las infraestructuras...*, *op. cit.*, pp. 243 y ss., y MOREU CARBONELL, E., «Desmitificación, privatización y globalización...», *op. cit.*, pp. 453 y ss.



## 1.2. LA INICIATIVA «PROJECT BONDS» O EMISIÓN DE BONOS, UN INSTRUMENTO INNOVADOR DE FINANCIACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS

La Unión Europea no sólo ha manifestado la necesidad de buscar nuevos mecanismos de financiación a través de los contratos, sino que también se ha interesado por recurrir a nuevas alternativas como la captación de fondos en los mercados de capitales, fomentando la emisión de bonos para grandes proyectos. De este modo, la Comisión Europea y el Banco Europeo de Inversiones han creado la iniciativa denominada «Europa 2020: una Estrategia para el crecimiento inteligente», a los efectos de poner en práctica las posibilidades que este tipo de instrumentos ofrecen<sup>813</sup>.

Mediante la emisión de bonos de infraestructuras (conocidos como Project bonds), se pretende la atracción de inversiones del sector privado, para la financiación de grandes proyectos de infraestructuras, principalmente, en los sectores del transporte y de la energía. La Comisión Europea estima que, para cumplir los objetivos de la Iniciativa Europa 2020, las necesidades de inversión en estos sectores, se cifran en aproximadamente dos billones de euros.

Con anterioridad a la actual crisis financiera, los bonos estaban asegurados por entidades privadas, pero este respaldo ha desaparecido con las condiciones actuales de la economía y no parece posible su restauración a corto plazo.

Por ello, actualmente la Unión Europea proporciona a las empresas el apoyo necesario para la emisión de bonos que permitan la financiación de grandes infraestructuras, con la intención de obtener un aumento de los proyectos financiados por el sector privado, con un período más rápido de ejecución y a un menor coste. La iniciativa está abierta a entidades de crédito de carácter comercial, así como otros socios financieros (instituciones financieras internacionales y Bancos Centrales de otros Estados miembros), que tengan el requisito de la experiencia y la intención de asumir los riesgos asociados de esta colaboración con la Comisión Europea.

---

<sup>813</sup> El punto 3.2 de la Estrategia «Inversión en el crecimiento: política de cohesión, movilización del presupuesto de la UE y de financiación privada» señala: «*Europa debe también hacer todo lo que pueda para movilizar sus medios financieros, explorar nuevas formas de utilizar una combinación de finanzas privadas y públicas y crear instrumentos innovadores para financiar las inversiones necesarias, incluida la cooperación entre los sectores público y privado*». Para ello, la Comisión propone medidas para desarrollar soluciones innovadoras de financiación con el fin de apoyar los objetivos de Europa 2020; entre ellas: «*diseñar nuevos instrumentos financieros, en especial en cooperación con el Banco Europeo de Inversiones y el sector privado, que respondan a necesidades hasta ahora no cubiertas de las empresas*».

En estas operaciones los riesgos son compartidos entre la Comisión Europea y el Banco Europeo de Inversiones, que fija los precios de las garantías o préstamos. Asimismo, el Banco Europeo de Inversiones aporta una deuda subordinada<sup>814</sup> o bien una garantía de servicios para cubrir una parte de la deuda de los proyectos (garantía que sería ejecutable, si los ingresos son inferiores a los previstos). En consecuencia, aporta tranquilidad a los inversores.

La idea final es construir una cartera de operaciones lo suficientemente diversificada a los efectos de beneficiarse de reducciones de riesgo mediante el llamado “efecto cartera”.

### 1.3. LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS

Las infraestructuras públicas se caracterizan por notas propias que las diferencian de otros conceptos<sup>815</sup>:

1. Constituir un resultado constructivo, que tiene siempre por objeto un bien inmueble, de carácter complejo e integrado, destinado a cumplir una función autónoma de carácter económico o social. Esta noción que trae causa del concepto de obra pública exige la realización de un conjunto de trabajos de ingeniería civil para la consecución material de unos inmuebles cuyo destino y protección pasan a la órbita del Derecho patrimonial en sentido estricto.
2. Utilizar fórmulas diferentes de financiación que permitan adoptar soluciones que, en términos económico-financieros, sean las más adecuadas a la situación de las Administraciones públicas inversoras. Ciertamente, los poderes públicos deben fomentar la construcción, dotación y provisión de bienes inmuebles de uso general para el desarrollo económico y social de la comunidad, pero en un contexto en el que se predique el principio de eficiencia. El art. 31 de la CE señala: *«El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los principios de eficiencia y economía»*. Por este motivo, deben explorarse posibles alternativas de gasto

---

<sup>814</sup> La deuda se divide en dos tramos, uno de primer rango y otro subordinado. Este último tramo, proporcionado por el Banco Europeo de Inversiones con el apoyo de la Comisión, puede consistir bien en un préstamo o bien en una línea de crédito, que puede ser utilizada si los ingresos del proyecto son insuficientes para asegurar el servicio de la deuda del primer rango.

<sup>815</sup> GARCÉS SANAGUSTÍN, M., «Régimen jurídico de la financiación de las infraestructuras públicas», PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.), *Derecho de los bienes públicos, vol. IV, Protección y tráfico jurídico...*, op. cit., pp. 333 y ss.

público que permitan satisfacer las necesidades generales de manera que se lleve a cabo con el consumo del menor número de recursos presupuestarios posibles.

3. Conectarse, no siempre justificadamente, con los conceptos claves de dominio público y servicio público<sup>816</sup>. La obra pública ha estado ligada tradicionalmente a su condición de bien de dominio público, aunque no sean en absoluto términos coincidentes. La integración de la obra pública en el dominio público puede producirse a través de una doble vía. En primer lugar, cuando la obra o infraestructura de titularidad pública, proyectada, construida y financiada por una Administración pública, se destine al uso público, por la colectividad, y se incorpore a su patrimonio. En segundo lugar, cuando se realiza una obra por una Administración destinada a la prestación de un servicio público, equiparando entonces obra, servicio y dominio público<sup>817</sup>. El efecto principal de esta demanialización es que la iniciativa particular queda excluida de importantes sectores de la actividad económica. No obstante, a pesar de la separación entre las obras públicas destinadas a un uso público y aquellas que se encuentran afectadas a la prestación de un servicio público no se han dejado de producir confusiones en nuestro ordenamiento, por la inercia de las obras públicas sujetas a concesión<sup>818</sup>.

---

<sup>816</sup> VILLAR PALASÍ, J.L., *La intervención administrativa en la industria*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, p. 161, «En los inicios de nuestro Derecho administrativo, dominio público, obra pública y servicio público son técnicas de mutuo apoyo y de igual cobertura, que sólo cobran independencia al ir logrando sustantividad en los comienzos de nuestro siglo [en referencia al siglo XX]». A finales del siglo XIX, era difícil separar dentro de una obra pública su naturaleza de bien demanial y la circunstancia de que se fuera a destinar a una finalidad de naturaleza pública. Sólo a medida que la noción de dominio público y, más tarde, la técnica del servicio público se van decantando dentro de la evolución y maduración más general del Derecho administrativo, va a ser posible emancipar estos dos conceptos del de la obra pública.

<sup>817</sup> GALÁN VIOQUE, R., *Obras públicas de interés general...*, op. cit., p. 20, explica que todo el arrastre doctrinal que ha acompañado la técnica del servicio público elaborada por el Derecho administrativo ha condicionado fuertemente a esta segunda clase de obra pública. Si en un principio el servicio público le debe mucho a las obras públicas para poder afianzarse como medio de intervención de la Administración en la actividad económica, más tarde se ha producido el fenómeno inverso. La expansión que el servicio público ha experimentado, sobre todo después de la segunda guerra mundial, ha hecho que también se multipliquen las obras públicas. Estas obras al ser el soporte de un servicio público quedan bajo la estricta órbita del dominio público. De esta forma indirectamente el servicio público se ha visto enriquecido con todas las exorbitancias que acompañaban tradicionalmente a los bienes demaniales. Justificando esta última realidad, DE LA CUETARA MARTÍNEZ, J.M., en el prólogo titulado “Sobre la interconexión de los conceptos de dominio y servicios públicos” al libro de VILLAR ROJAS, F.J., *La privatización de servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 19 y ss., «Conceptualmente, el régimen de las cosas públicas se extendió con toda naturalidad a los servicios sobre ellas apoyados: de la concesión de obra pública se pasa a la de servicio público; la inembargabilidad del dominio público se proyecta a los bienes afectos a los servicios públicos; y la misma titularidad monopolística que se predica del dominio acabará predicándose del servicio público».

<sup>818</sup> GALÁN VIOQUE, R., *Obras públicas de interés general...*, op. cit., p. 23, revela que en la mayoría de los supuestos las obras constituyen la infraestructura necesaria para poder realizar posteriormente una

De esta manera, se crea una equiparación errónea entre tres conceptos (obra pública, servicio público y dominio público), que impide la financiación privada y el alivio de los presupuestos públicos.

#### **1.4. LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS**

En España se produjo una importante renovación legislativa en materia de infraestructuras, que afectó a la gestión del patrimonio público y a la contratación y financiación de las obras públicas, para abrir las regulaciones existentes a la iniciativa privada.

Una norma decisiva fue la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social también llamada Ley de Acompañamiento a la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1997, que expresaba el dilema entre la gestión pública y la privada, concretado en las decisiones de creación de entes públicos para que se ocupen de la implantación de algunas infraestructuras, o la creación de entes instrumentales en materia de carreteras u obras hidráulicas<sup>819</sup>. La Sección 2ª del Capítulo I de su Título IV se dedicaba principalmente a la introducción de modificaciones en el régimen de gestión de bienes de la Ley de Patrimonio del Estado, de 15 de abril de 1964 (en adelante LPE). El texto introdujo así variaciones, entre otras disposiciones básicas, en la LPE; en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 18 de mayo de 1965; en la Ley de Autopistas, de 10 de mayo de 1972; en la Ley de Aguas, de 2 de agosto de 1985; reformas que han conducido a la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras, encargada de recoger las principales novedades en materia de financiación.

Las modificaciones fundamentales efectuadas a la LPE fueron las que se enumeran a continuación:

---

actividad económica, lo que ocasiona que el legislador, al menos en el sector de las carreteras, no sea capaz de discriminar cuando detrás no existe ningún servicio público, porque queda abierta a un uso público. Defiende este autor que es precisamente la concesión la que permite verificar el grado de autonomía que las nociones de obra pública, dominio y servicio público han adquirido en nuestro Derecho administrativo. La concesión de obra pública no tiene que consistir necesariamente en la gestión de un servicio público.

<sup>819</sup> Apunta RUIZ OJEDA, A., *Dominio público y financiación privada...*, *op. cit.*, p. 109, que esta normativa evidencia una aproximación menos dogmática y más pegada a las exigencias reales de las operaciones de financiación. Este mismo autor es quien explica cuáles son todas las modificaciones introducidas por esta norma.

1ª Al art. 63 de la Ley se le añadió un nuevo párrafo, por el que se permitía al Consejo de Ministros o al Ministerio de Economía y Hacienda, según correspondiera en función del valor del bien, autorizar *«en los respectivos acuerdos de enajenación la celebración de contratos de arrendamiento o de arrendamiento financiero de los bienes enajenados, cuando se considere procedente que temporalmente sigan siendo utilizados por los servicios administrativos»*.

2ª Se incorporaron dos párrafos al art. 86. En el primero se ordenaba la aplicación de lo dispuesto en los arts. 55 (adquisición de bienes inmuebles mediante concurso público, salvo adquisición directa en casos de necesidad o urgencia debidamente justificados) y 63 (enajenación de inmuebles mediante subasta pública, salvo enajenación directa cuando el valor de tasación superara determinados umbrales) para los contratos de arrendamiento financiero y demás contratos mixtos tanto de arrendamiento y adquisición, como de enajenación y arrendamiento.

3ª Se introdujo un segundo párrafo al art. 120 de dicha Ley de Patrimonio con el siguiente contenido: *«La desafectación o desadscripción de bienes del Patrimonio del Estado para su posterior enajenación, conservando el Estado el uso temporal de los mismos podrá acordarse, cuando, por razones excepcionales debidamente justificadas, resulte aconsejable para los intereses patrimoniales del Estado. En las actuaciones patrimoniales que se realicen sobre dichos bienes, se hará mención expresa de las circunstancias que motivan su utilización temporal»*. También en este ámbito se cambió la competencia para instar la desafectación de bienes demaniales, que previamente sólo incluía al Departamento que los tuviera bajo su administración o custodia, para pasar a englobar a la Dirección General del Patrimonio del Estado, Organismos Autónomos, entidades de Derecho público y entes públicos, respecto de los bienes demaniales que les hubieran sido adscritos.

4ª Se dio nueva redacción al art. 123 otorgando tanto a las actas de entrega como a las actas de toma de posesión, emitidas por la Dirección General del Patrimonio, los efectos de la recepción formal de los bienes desafectados por el Ministerio de Hacienda para su ingreso en la categoría de bienes patrimoniales; actas que eran *«título suficiente para las inscripciones, anotaciones registrales o para extender notas marginales»*.

5ª Se modificaron los términos del tercer párrafo del art. 126 para indicar que *«el contenido de los contratos o convenios que tengan por objeto la ocupación o utilización del dominio público, así como una actividad de contenido económico o de un servicio público quedará sometido al principio de libertad de pactos, pudiendo incluirse en*

*el mismo estipulaciones accesorias tales como la adquisición de valores, la adopción y mantenimiento de determinados requisitos societarios por el adjudicatario de la concesión, u otros de naturaleza análoga, siempre que no sean contrarios a derecho, al interés público, o a los principios de buena administración».*

Junto a la modificación de los citados preceptos de la LPE, el art. 144 de la Ley de Medidas añadió un segundo párrafo al art. 206 de la LH por el que se asignaba a la certificación administrativa expedida por el órgano competente la condición de título inscribible en el Registro de la Propiedad a efectos de *«declaración de obra nueva, mejoras y división horizontal de fincas urbanas y, siempre que no afecten a terceros, las operaciones de agrupación, división, agregación y segregación de fincas del Estado y de los demás entes públicos estatales certificantes».*

Por otro lado, el art. 147 de esta Ley reguló la figura de los «contratos de obra bajo la modalidad de abono total del precio», desarrollados por el Real Decreto 704/1997, de 16 de mayo y definidos como *«aquellos en los que el precio del contrato será satisfecho por la Administración mediante un pago único en el momento de terminación de la obra, obligándose el contratista a financiar la construcción adelantando las cantidades necesarias para que se produzca la recepción de la obra».* Aunque su denominación llamara a engaño, el régimen de esta modalidad contractual permitía el abono del precio de la obra realizada no sólo mediante «pago único en el momento de terminación de la obra», sino también de forma aplazada con un máximo de diez anualidades, según lo establecido en los arts. 5.1 d) y 7.2 del citado Real Decreto en conexión con el art. 61.5 de la Ley General Presupuestaria.

### **1.5. LOS DOGMAS DEMANIALES COMO LÍMITE A LA FINANCIACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS**

Uno de los impedimentos a la mayor apertura a la financiación y gestión privada de infraestructuras y equipamientos públicos ha sido la dogmática clásica, característica del dominio público.

El problema surge desde el momento en que la titularidad demanial genera por sí misma una situación de monopolio, de tal modo que coloca a la Administración en una posición dominante en el mercado, no por el hecho de que esto sea siempre improductivo, sino porque impide operaciones que podrían resultar beneficiosas. La finalidad, en consecuencia, es modular o adaptar el régimen demanial con el objetivo de limitar o condicionar la potestad ordenadora que ostenta sobre estos

bienes y cuyos efectos se proyectan sobre los particulares<sup>820</sup>.

La experiencia liberalizadora en materia de servicios, ha puesto de relieve la necesidad de regular también las infraestructuras que les sirven de soporte, permitiendo, de un lado, el acceso a las mismas por parte del resto de los operadores y, de otro lado, reconociendo el derecho de aquéllos a su utilización. Este fenómeno, centrado principalmente en las infraestructuras privadas, plantea también la necesidad de regular, desde una nueva perspectiva, las infraestructuras demaniales que sirven de soporte a la realización de múltiples actividades, intentando conjugar los dogmas tradicionales con su flexibilización.

El dominio público, convertido en un elemento nuclear de la regulación económica y un título que permite a la Administración intervenir sobre todo el sector en el que el mismo aparece, se expandió considerablemente, de manera que se dio esta calificación a inmensas masas de bienes nuevos; el campo de las infraestructuras no es la excepción.

La expansión es la que ha contribuido, por reacción y como contrapartida, a la exigencia de reformar algunos elementos principales de su régimen jurídico. Ello ha ocurrido debido a un problema de adaptación a las nuevas categorías de bienes y, especialmente, por la necesidad de aplicar instrumentos de financiación y gestión de las infraestructuras que se asientan sobre esos espacios demaniales, usando técnicas contractuales nuevas<sup>821</sup>.

Todo ello ha ocasionado que el gran reto al cual debe hacerse frente consista en hacer posible el mantenimiento del destino de los bienes que componen el dominio

---

<sup>820</sup> GONZÁLEZ SANFIEL, A.M., *Un nuevo régimen para las infraestructuras...*, *op. cit.*, pp. 235-236. FERNANDO PABLO, M.M., «Sobre el dominio público radioeléctrico...», *op. cit.*, p. 140, explica que, algunas veces, el empleo de la noción y la técnica del dominio público ha rebasado todos los límites de lo razonable. Así, refiriéndose al dominio público radioeléctrico, sostiene que la imprescriptibilidad del mismo carece de sentido y significa hoy lo que ha significado, incluso antes de la declaración legal: que en ausencia del acto del poder público nadie tiene derecho a excluir a otro de la utilización de una emisión radioeléctrica. Ni frente al poder ni frente a terceros, el objeto del dominio público radioeléctrico se ha considerado susceptible de posesión y prescripción. Esto mismo lo afirma respecto de la inalienabilidad y la inembargabilidad. Hasta 1987 el Estado preservaba sus potestades de gestión, administración, asignación e inspección de frecuencias sin acudir a la forma demanial. Ello muestra que tales notas, propias del régimen demanial, no son necesarias para aquella finalidad de gestión de una *res communis*.

<sup>821</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 322. El régimen jurídico especial ha tenido como consecuencia el situar a los bienes demaniales fuera del comercio, esto es, en términos económicos fuera del mercado, lo que implica que no pueden ser objeto de transacciones ni operaciones de ningún tipo. Simultáneamente, exigen muchos medios para ser mantenidos y administrados de manera correcta, a pesar de que no son capaces de generar recursos de ninguna clase para financiar las obras de establecimiento, ampliación o mejora, o simple mantenimiento.

público al cumplimiento de las finalidades preferentes de uso o servicio público y, al mismo tiempo, situar el mercado de las infraestructuras en el lugar que le corresponde; mercado que debe ser un instrumento, pero no un dogma, pues tiene claros límites e insuficiencias.

## **2. LA LIMITACIÓN DE LA DEMANIALIDAD EN EL ÁMBITO DE LA OBRA PÚBLICA PARA PERMITIR LA FINANCIACIÓN PRIVADA DE INFRAESTRUCTURAS**

Como ha podido advertirse, los problemas de índole financiero que tienen las Administraciones públicas, las restricciones presupuestarias que sufren, la necesidad de cumplir con el principio de estabilidad presupuestaria, el aseguramiento de una eficiente aplicación de los recursos públicos y la creciente demanda de infraestructuras por parte de los ciudadanos ha ocasionado la utilización de fórmulas novedosas por parte de los Entes públicos, caracterizadas por una fuerte colaboración entre el Estado y los ciudadanos, con vistas al cumplimiento de objetivos de interés general que antes se gestionaban unilateralmente mediante decisiones imperativas irresistibles de los poderes públicos<sup>822</sup>. Las Administraciones ya no tienen capacidad para financiar por sí solas las grandes infraestructuras públicas<sup>823</sup>.

---

<sup>822</sup> ARIÑO ORTIZ, G., «El enigma del contrato administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 172, 2007, p. 101, se refiere al desafío permanente que supone el contrato administrativo, pues requiere una continua reconstrucción jurídica, tanto legal como jurisprudencial. Sobre este cambio, advierte este mismo autor, en su trabajo «La “nueva” empresa público-privada», *Cuenta y Razón*, núm. 78-79, 1993, p. 50, refiriéndose a las empresas públicas, ya advertía del peligro que las nuevas fórmulas pueden acarrear, pues siempre hay detrás un balance político, que puede abrir campo a la arbitrariedad y a la irresponsabilidad de los gestores. MEILÁN GIL, J.L., «Para una reconstrucción dogmática de los contratos administrativos», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 8, 2004, p. 518, llama la atención sobre el necesario hecho de repensar los contratos de la Administración pública a la luz de los postulados y exigencias de un Estado social y democrático de Derecho, donde los derechos fundamentales de la persona ocupan un lugar central y vinculan a todos los poderes públicos. Asimismo, resalta que no es la posición de la Administración lo que debe producir modulaciones, sino el interés público, en función del cual -y sólo desde él- se justifican potestades y competencias. La eficacia en servir los intereses generales debe explicar que se ponga especial énfasis en una concepción económica de la concurrencia, típica del Derecho comunitario, más que en la mera igualdad jurídico-formal, como ha sido tradicional, que ha proporcionado insatisfacciones y corrupción.

<sup>823</sup> Prueba de ello son, por ejemplo, las Sentencias (entre otras, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, núm. 438/2013, de 21 de junio de 2013, -*JUR* 2013/898-; núm. 439/2013, de 21 de junio de 2013, -*JUR* 2013/244859-; del que aplican la Ley 15/2010 y núm. 667/2013, de 18 de octubre de 2013, -*RJCA* 2014/73-), que aplican la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Esta norma, al modificar el art. 200.4 de la LCSP, estableció la obligación para la Administración de abonar el precio dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato. Si se demora, debe abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de sesenta



Ésta es una de las vertientes principales de esta tendencia de valorización: la contención de la expansión de la demanialidad en el ámbito de las obras públicas, para permitir operaciones de financiación privada de infraestructuras. La identificación de la obra pública y el dominio público es un obstáculo a la atracción del capital y de las inversiones. Como prueba la proliferación de fórmulas contractuales en el ámbito patrimonial público y en el de la contratación pública, es algo indiscutible que nos encontramos en el momento de auge de este tipo de fenómenos y mecanismos.

Desde la perspectiva de la contratación, estas fórmulas se materializan en contratos atípicos que han conocido un gran desarrollo en la práctica, aunque ha de reconocerse que en este ámbito la legislación ha caminado muy por detrás de la realidad, lo que ha tenido que ser mitigado con la utilización sesgada y parcial de cláusulas generales y tipos contractuales administrativos.

En este contexto, debe señalarse que los contratos administrativos son unas de las herramientas empleadas para tal fin. Por ello, respondiendo a estas necesidades se ha ido formando la legislación especial de contratos administrativos, que en España ha culminado en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP)<sup>824</sup>, aplicable a los contratos que celebraran cualesquiera de los organismos, integrados en el sector público, relacionados en el art. 3 del texto legal, con clara influencia de la normativa comunitaria<sup>825</sup>, que en la materia que nos ocupa, se ha elaborado y reformado, en el marco de una gran operación de liberalización de la

---

días, los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro. En los tres casos se reconoce el pago procedente de la cantidad reclamada en concepto de facturas pendientes correspondientes a diversos servicios prestados.

<sup>824</sup> MORENO MOLINA, J.A., «El nuevo Derecho de la contratación pública: de las prerrogativas de la Administración a la garantía de los principios generales», ARENILLA SÁEZ, M. (coord.), *La Administración Pública entre dos siglos...*, op. cit., p. 1529, «La LCSP ha incorporado por fin en el Derecho español de la contratación pública el cambio de perspectiva que desde hace años había impuesto en este sector el Derecho de la Unión Europea y que sin embargo la legislación nacional se resistía a asumir plenamente. Así se explica que la nueva Ley defina en su troncal artículo 1 su objeto y finalidad por referencia a los principios generales de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos».

<sup>825</sup> PIÑAR MAÑAS, J.L., «El Derecho comunitario como marco de referencia del Derecho español de contratos públicos», GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 27-28, insiste en que el análisis correcto de la normativa sobre contratación pública sólo puede ser correctamente entendida desde el contexto del Derecho comunitario. La contratación pública, habida cuenta la importante trascendencia de la misma en el correcto funcionamiento de la economía se ha convertido en un objetivo básico de la Comunidad Europea de cara a la consecución de un mercado único.

contratación pública, tan pronto como diversos informes externos destacaron la enorme relevancia económica de los mismos para el mercado común<sup>826</sup>.

Aquí destaca por parte de los Entes públicos la utilización de fórmulas que se agrupan bajo la expresión de colaboración público-privada (en adelante CPP<sup>827</sup>).

---

<sup>826</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo IV, La actividad administrativa...*, op. cit., p. 283, precisa: «(...) detectadas insuficientemente diversas corruptelas para favorecer a ciertos licitadores, el abuso de las excepciones a los procedimientos de contratación que se desarrollaban con arreglo a los principios de publicidad y concurrencia, o la aplicación de normativas técnicas nacionales que favorecían a los contratistas de cada país, se adoptaron, a partir de los años ochenta, las siguientes Directivas: Directiva 88/295/CEE, de 22 de marzo, sobre contratos públicos de suministro; Directiva 89/440/CEE, de 18 de julio, sobre contratos públicos de obra; Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre, relativa a la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos de suministro y obras; Directiva 90/531/CEE, de 29 de octubre, relativa a los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y telecomunicaciones; Directiva 92/13/CEE, de 25 de febrero, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones; Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; Directiva 93/36/CEE, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministros; Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obra; Directiva 93/38/CEE, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de los sectores del agua, la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, y Directiva 2001/78/CEE, de la Comisión, de 13 de septiembre, sobre utilización de formularios normalizados en la publicación de anuncios de contratos públicos».

<sup>827</sup> CARLÓN RUIZ, M., «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm.140, 2008, p. 655, llama la atención sobre la equívoca denominación del contrato ya que en rigor cualquier contrato en el que sea parte contratante una Administración pública es, por definición, una forma de colaboración público-privada: si la Administración decide contratar un bien, obra o servicio con un particular, está solicitando su colaboración en la consecución, directa o indirecta, de una finalidad pública. También HUERTA BARAJAS, J.A., «Contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado en los programas y contratos de defensa», *Revista Práctica de Contratación Administrativa*, núm. 78, 2008, p. 32, precisa que: «La colaboración público-privada es un término abstracto que engloba muchas formas distintas de interrelación entre lo público y lo privado que abarca un amplio conjunto de relaciones entre la Administración y el sector privado, para la ejecución de proyectos, dotación de activos de infraestructuras y la prestación de servicios públicos». Por todo ello, BRIERA DALMAU, C., «Los contratos de colaboración entre los sectores público y privado...», op. cit., p. 123, explica que debe tenerse en cuenta que «a los efectos del ordenamiento jurídico español únicamente vamos a poder denominar con rigor técnico jurídico una relación contractual entre el sector público y el sector privado como contrato de colaboración público-privada cuando se ajuste a las determinaciones recogidas para este tipo de contratos por la LCSP. El resto de fórmulas de colaboración entre el sector público y el sector privado (...) son y han sido tradicionalmente -fórmulas de colaboración entre el sector público y el sector privado-, si bien es posible que no todas ellas, por su configuración jurídica, permitan conseguir los objetivos ni responder a las necesidades que identifica la Unión Europea al referirse a las fórmulas de colaboración entre el sector público y el sector privado para la realización de determinados proyectos».

Estas fórmulas de colaboración se apoyan en la externalización en terceros para la obtención de bienes y servicios por parte de las Administraciones públicas. Hacen referencia a una pluralidad de situaciones, unas que dan lugar a la formulación de relaciones contractuales, otras a vínculos de naturaleza institucional<sup>828</sup>.

Quiere decirse que la CPP puede desarrollarse en términos contractuales, es decir, mediante la celebración de un contrato, utilizando alguna de las variantes típicas contempladas en la legislación o varias de ellas acumuladas. Pero también existe la posibilidad de que la CPP se lleve a cabo mediante la creación de empresas con personalidad jurídica independiente de las partes, una de las cuales sea participada por la Administración y el empresario. En dicho caso, será la entidad creada *ad hoc* la encargada de la ejecución y gestión del proyecto<sup>829</sup>.

Dentro de la CPP de tipo puramente contractual, se distinguen dos modalidades: la concesión y los denominados “otros tipos de organización o contratos públicos”, que se diferencian por los requisitos que tienen que cumplirse en uno y otro caso. Concretamente, las concesiones deben reunir dos características: existir, en primer lugar, la existencia de un vínculo directo entre el socio privado, concesionario o contratista, y el usuario final. En segundo lugar, que la remuneración del contratista consista en cánones abonados por los usuarios del servicio que pueden completarse con subvenciones concedidas por los poderes públicos. En los otros contratos no hay un vínculo directo entre el contratista y el usuario, sino entre el contratista y la Administración. Además, la remuneración del contrato no se basa en cánones abonados por los usuarios, sino en pagos periódicos realizados por el socio público.

Por lo demás, el beneficio o ventaja que representan estas modalidades contractuales se concentra en el plano presupuestario, pues la financiación privada de

---

<sup>828</sup> HERRANZ EMBID, P., «Régimen general de las obras públicas», GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (coord.), *Derecho de los bienes públicos...*, op. cit., pp. 252-253, indica que «constituye, sin duda, la idea fuerza más relevante en materia de provisión de infraestructuras, cuya materialización no está exenta de riesgos, tal y como ha señalado la propia Comisión Europea. La Comisión Europea ha indicado que las Administraciones públicas son un instrumento atractivo, en pleno auge en muchos sectores, pero cuyo éxito depende de la presencia de ciertos factores o condiciones: proyectos de dimensión reducida, proyectos cuya dimensión y riesgos son fáciles de calcular, autopistas, puentes o aeropuertos (...). Está claro que no se pueden presentar como una solución milagro para el sector público, agobiado por las presiones presupuestarias. Nuestra experiencia demuestra que una Administración pública mal preparada puede dar lugar a costes muy elevados para el sector público».

<sup>829</sup> La colaboración público-privada contractual engloba, en palabras del Libro Verde, al contrato de concesión de obras públicas y al de colaboración entre el sector público y el sector privado. La institucional se ha basado, fundamentalmente, en la creación de entidades instrumentales para que éstas asumieran la ejecución de infraestructuras o la prestación de determinados servicios públicos.

infraestructuras públicas reduce significativamente el gasto, contiene la presión fiscal directa y no repercute en el déficit público, todo lo cual permite el mejor ajuste de los objetivos adoptados por las Instituciones europeas, para la aplicación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento<sup>830</sup>.

En todo caso, será el legislador quien deba trazar las relaciones jurídicas resultantes de esta tendencia privatizadora que, sin duda alguna, ha roto la relación directa entre los conceptos jurídicos de obra pública y dominio público. Los mecanismos que se están empleando en la actualidad han determinado que, en ocasiones, los bienes e infraestructuras resultantes de estas operaciones complejas de colaboración público-privada no sean demaniales (lo que permite emplear con comodidad formas de dominio dividido y de financiación hipotecaria), ya sea porque la Ley así lo determina expresamente (caso de la Ley de Puertos en relación con las concesiones), ya sea porque se diseñan regímenes jurídicos para la construcción de infraestructuras cuya consecuencia directa es esa.

Por todo lo anterior, han de abordarse en este Capítulo el contrato de obra, la concesión de obras públicas y el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, además de hacerse una breve referencia a la concesión de servicios públicos. Todos ellos introducen garantías que son el resultado de las nuevas tendencias a las que se hacía referencia.

### **3. LAS OBRAS PÚBLICAS**

#### **3.1. INTRODUCCIÓN**

En este especial momento, caracterizado por un grave problema presupuestario, las obras públicas manifiestan una evolución, en ocasiones paralela a la normativa de contratación pública, pero no siempre pacífica, en la medida en que debe convivir con

---

<sup>830</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA, Y., «La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho Comunitario Europeo», *Revista de Administración Pública*, núm. 166, 2005, p. 284, explica como desde el inicio de los años setenta se comenzó a ver la necesidad de armonizar las disposiciones básicas de la contratación pública, de manera que se pudiera llegar a una auténtica europeización mediante la apertura de los económicamente más relevantes a una competencia efectiva en el ámbito de toda la comunidad. «Desde entonces se ha ido sucediendo un número considerable de normas -mediante la técnica de la “aproximación legislativa”- con el objeto de paliar las barreras a la contratación pública en la Comunidad y tratar de reducir la frecuente práctica y, en lo posible, invertir la tendencia de la “compra nacional” abriendo dichos sectores a la competencia intracomunitaria entre los distintos operadores».

las reglas básicas del dominio público, debido a la conexión existente, aunque no siempre justificada, entre el demanio y la obra pública<sup>831</sup>.

La fórmula más empleada por la Administración para realizar las obras públicas es la de su contratación a un tercero. La Administración encarga a un empresario la ejecución completa de la obra, sin derecho a indemnización por causa de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados, salvo en casos de fuerza mayor.

No puede ignorarse la importancia de los encargos públicos en general y de las obras públicas en particular<sup>832</sup>, sobre todo a la hora de adjudicar estos contratos, estableciendo un sistema de otorgamiento que respete los principios constitucionales de igualdad y de eficacia en el gasto público; y a la hora de su ejecución, estableciendo normas reguladoras dirigidas a asegurar los plazos, los materiales y las condiciones establecidas en los pliegos de cláusulas contractuales<sup>833</sup>.

Hay que abordar entonces tanto la caracterización de las obras públicas, como las modalidades existentes para la ejecución de las infraestructuras para tener una visión completa de los tipos contractuales relacionados con ellas, y, especialmente, de la adaptación de los principios tradicionales de la construcción de obras públicas a la situación actual. Todo ello con la finalidad de rentabilizar de la mejor manera posible los recursos con los que cuentan las Administración públicas.

## **3.2. DEFINICIÓN DE OBRA PÚBLICA**

### **3.2.1. Elementos que integran la definición**

Al tratar de definir la obra pública se produce un fenómeno paradójico<sup>834</sup>, a medida que se profundiza en él, aparecen complicaciones porque estamos ante una

---

<sup>831</sup> HERRANZ EMBID, P., «Régimen general de las obras públicas», GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (coord.), *Derecho de los bienes públicos...*, op. cit., p. 214.

<sup>832</sup> La correcta regulación de las obras públicas es un presupuesto del buen funcionamiento de la economía de mercado, por su repercusión sobre la competencia económica.

<sup>833</sup> RIVERO ORTEGA, R., *Derecho Administrativo económico*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 172 y ss.

<sup>834</sup> De los autores que definen la obra pública, suelen citarse los siguientes: GARCÍA OVIEDO, C. y MARTÍNEZ USEROS, E., *Derecho Administrativo*, vol. II, EISA, Madrid, 1968, p. 707, quienes entienden que «*Son obras públicas (...) las ejecutadas por un organismo administrativo o por su encargo con un fin inmediato de utilidad pública*». GONZÁLEZ SANFIEL, A.M., *Un nuevo régimen para las infraestructuras...*, op. cit., p. 68, quien concluye: «*si una obra es una cosa hecha o producida por un agente y lo público es lo que pertenece a un pueblo o colectividad, la obra pública debería ser aquella construcción producida por la Administración por sí misma o por medio de concesionario interpuesto*».

materia que presenta muchos perfiles y aristas<sup>835</sup>. A pesar de ello, se suelen citar los siguientes elementos tradicionales como configuradores de la obra pública<sup>836</sup>:

#### **A) La exigencia de una titularidad pública**

Aunque en la mayoría de los supuestos las obras públicas se presentan como elementos que forman parte integrante del dominio público perteneciente a las distintas Administraciones públicas, la titularidad pública no se refiere necesariamente a la noción dominical, sino que hay obras, calificadas como públicas, que pueden ser de propiedad privada, al menos de forma temporal. La titularidad administrativa de la obra pública tiene un alcance mayor<sup>837</sup>. El ordenamiento le atribuye a la Administración la facultad de decidir qué obras deben realizarse, las condiciones en que se tienen que construir y el momento en que debe comenzarse su ejecución.

#### **B) La naturaleza inmobiliaria de las obras públicas**

Existe unanimidad en la doctrina al afirmar el carácter de bien inmueble de las obras públicas, actuaciones sobre el medio físico que tienen que tener una base territorial en la que instalarse. Todo ello sin perjuicio de que se pueda extender su calificación a determinadas instalaciones complementarias que resultan imprescindibles para que la obra pueda desplegar toda su efectividad.

#### **C) Actuación material que transforma el medio físico**

Para que pueda hablarse de obra pública, tiene que mediar una acción del hombre de transformación física de la naturaleza. Por lo tanto, hace falta que se hayan ejecutado

---

*para satisfacer una necesidad sentida como colectiva, independientemente de cual sea su destino, aunque constituya el dominio público su núcleo gordiano». Asimismo, BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J., *Obra pública y medio ambiente. El Estado y la Administración ante el territorio*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 89, para quien las obras públicas serían «las obras inmuebles encargadas o costeadas por una persona pública; realizadas para satisfacer una necesidad o conveniencia general (interés público), unas veces directamente (obras o fomento o del primer grupo), otras conectadas a otras competencias administrativas (construcciones civiles o del segundo grupo); a las que se anuda un régimen jurídico de dependencia administrativa, en su aprobación, construcción y explotación».*

<sup>835</sup> Así lo afirma MENÉNDEZ REXACH, Á., en el prólogo al libro de JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F.J., *Obras públicas e infraestructuras privadas*, Montecorvo, Madrid, 1998, p. 15.

<sup>836</sup> BASSOLS COMA, M., *Las obras públicas y el urbanismo. Los actos de uso del suelo y la ejecución de obras promovidas por la Administración del Estado*, Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, Madrid, 1994, p. 21.

<sup>837</sup> GALÁN VIOQUE, R., *Obras públicas de interés general...*, *op. cit.*, p. 44. La obra pública constituye una actividad, de indudable trascendencia económica, bajo la órbita de las funciones de las distintas Administraciones públicas.

unos trabajos de construcción que hayan producido como resultado la aparición de un nuevo inmueble necesario para la sociedad.

#### ***D) Elemento finalista de las obras públicas***

El elemento teleológico es el más controvertido. Nuestro Derecho califica como obra pública aquellos bienes que sean de uso público o que se encuentren destinados a un servicio público<sup>838</sup>. Así, resulta imprescindible que las mismas estén destinadas a la consecución de un fin público, de un servicio público.

La duda surge en el momento actual en el que se ha producido una masiva liberalización de la economía, con la consiguiente supresión de los antiguos servicios públicos. Parece claro que los bienes que antes se encontraban afectos a un servicio público, dejan de ser demaniales al desaparecer la *publicatio* de la actividad económica. Sin embargo, no se desvanece la necesidad de la sociedad de disponer de tales infraestructuras ni la obligación del Estado de garantizar la continuidad del servicio. Por ello, debe tenerse en cuenta que el calificativo de interés social referido a una obra no se constriñe a actividades cuya realización asume el poder público, sino que ampara potencialmente a todo tipo de obras que representen una utilidad colectiva, general, estén o no liberalizadas.

---

<sup>838</sup> Este hecho de que en muchas ocasiones las obras públicas sirvan como sustrato material para la prestación de un servicio confirma que, cuando se analiza el carácter de los bienes construidos, la regla general sea que son bienes de dominio público. Más aún se podría afirmar que el concepto de obra pública es uno de los elementos que más ha servido para la hipertrofia del dominio público. Señala GALLEGO ANABITARTE, A., «El Derecho español de aguas en la historia y ante el Derecho comparado», en la obra colectiva que realizó con DÍAZ LEMA, J.M. y MENÉNDEZ REXACH, Á., *El Derecho de aguas en España...*, op. cit., p. 353, que «La conexión entre la obra pública y el dominio público era evidente porque muchas obras iban a terminar en bienes de uso general; al ampliar el concepto de obra pública también a las construcciones destinadas a los servicios públicos del Estado, se establecía una conexión entre dominio público y servicio público inevitable. La vis atractiva gráfica de la expresión dominio público llevó a que bajo dicho concepto también se incluyesen las obras públicas no destinadas al uso general, sino a los servicios públicos del Estado». Además, el carácter demanial se extiende a todas las instalaciones anejas al elemento principal, como consecuencia de la aplicación de la teoría de la accesión, lo cual ha encontrado, no obstante, opiniones contrapuestas. Así, ARIÑO ORTIZ, G., «Infraestructuras: nuevo marco legal», en la obra colectiva editada por Ariño & Almoguera Abogados, *Nuevo derecho...*, op. cit., pp. 38 y ss., argumenta que se deban despublificar aquellas infraestructuras que puedan ser explotadas rentablemente.

### 3.2.2. Principios de realización de las obras públicas

La normativa general de obras públicas recoge una serie de principios generales para su ejecución cuyo cumplimiento permite que las infraestructuras que se construyan presten un servicio más adecuado a los intereses públicos<sup>839</sup>.

1. Principio de planificación previa y sus modulaciones. Si bien inicialmente se le proporcionaba al plan una gran importancia dentro de la mecánica general de la realización de las obras públicas, esta aparente fortaleza ha ido quedando desconfigurada en los últimos años<sup>840</sup>.
2. Obligación de consignación presupuestaria previa. Se recoge con carácter general en el art. 26.1 k) del TRLCSP, en virtud del cual un elemento del contrato es «*el crédito presupuestario o el programa o rúbrica contable con cargo al que se abonará el precio*». Igualmente, se considera que un contrato es nulo en los supuestos de «*carencia o insuficiencia de crédito*», de conformidad con lo establecido en la LGP<sup>841</sup>.
3. Cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria. Es un elemento de tal importancia que está alterando el sistema de ejecución de las obras públicas, siendo la causa de las figuras que han surgido en los últimos tiempos.
4. Aprobación del proyecto técnico. Pretende la verificación de la corrección técnica de la obra que se intenta realizar. La importancia que deriva de que es el lugar oportuno para examinar la apropiación de la misma desde una vertiente medioambiental, ya que aquí se inserta la evaluación del impacto ambiental de la infraestructura, así como el estudio del impacto previsible, directo o indirecto, sobre el patrimonio arqueológico. Además, cumple una función genérica para

---

<sup>839</sup> HERRANZ EMBID, P., «Régimen general de las obras públicas», GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (coord.), *Derecho de los bienes públicos...*, op. cit., pp. 222 y ss.

<sup>840</sup> En efecto, el plan cumplía básicamente una función habilitante de la ulterior actividad de la Administración, facilitaba el control del Ejecutivo por el Parlamento vía presupuesto e introducía un cierto principio ordenador en la medida en que servía de base para la fijación de prioridades, reduciendo la discrecionalidad del órgano legislativo. Sin embargo, el hecho de permitir a las leyes sectoriales determinar el valor de los planes en cada tipo de obras ha ocasionado que la trascendencia de éstos sea muy inferior respecto a la que tenía con anterioridad.

<sup>841</sup> No obstante, conviene relativizar esta obligación en algunos supuestos. Por un lado, por la propia existencia de mecanismos de financiación extrapresupuestaria de la obra pública mediante contribuciones de los particulares. Por el otro, por la configuración del contrato de obra bajo la modalidad de abono total del precio, en donde el certificado de existencia de crédito se sustituye por un compromiso de gasto para ejercicios futuros.



que se configure una visión general de la misma, de tal manera que se pueda formar cabal juicio de ella, de su objeto y de las ventajas que su construcción ha de reportar a los intereses generales.

5. Exigibilidad de la licencia de obras. Todos los actos que supongan edificación y utilización del suelo, promovidos por los particulares o por Administraciones públicas, exigen la obtención de una licencia de obras. Esta licencia constituye el instrumento básico de control de la legalidad de los usos del suelo.

### 3.3. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LAS OBRAS PÚBLICAS

El concepto de obras públicas está no sólo en la base de la progresiva especialización del Derecho de la contratación pública, sino que un número importante de instituciones que pasaron a integrar el núcleo del Derecho Administrativo se han formado alrededor de él.

La obra pública en sentido moderno aparece, por primera vez, como fundamento de la potestad expropiatoria, en tanto que única excepción que justificaba la privación de la propiedad privada mediante la enajenación forzosa. Está también en el origen del contrato administrativo, en la medida en que introduce una serie de peculiaridades que modulan la figura del contrato de obra civil y que terminan por generalizarse, trasladándose a los demás contratos de Derecho público que la Administración lleva a cabo. Asimismo, la responsabilidad patrimonial de la Administración va a surgir, del mismo modo, de la mano de la obra pública, aunque no de forma deliberada.

La primera norma jurídica que ensaya un concepto de obra pública es el art. 2 de la Ley de Enajenación Forzosa de 1836, presentándola como una operación de transformación material (no meramente jurídica) de un inmueble demanial, hecha por la Administración por sí o por vicarios suyos<sup>842</sup>. Más tarde, la Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas, aprobada por Real Decreto, de 10 de octubre de 1845, definió las obras públicas como aquellas que se ejecutan para satisfacer objetos de necesidad o conveniencia general, entre las que enumera, los caminos de todas clases, los canales de navegación, de riego y de desagüe, los puertos de mar, los faros, el desecamiento de lagunas y terrenos pantanosos en que se interesen uno o más pueblos y la navegación de los ríos.

---

<sup>842</sup> En concreto establecía: «*Se entiende por obras de utilidad pública las que tienen por objeto directo proporcionar al Estado en general, a una o más provincias o a uno o más pueblos, cualesquiera usos o disfrutes de beneficio común, sean ejecutadas por cuenta del Estado, de las provincias o pueblos, bien por compañías o empresas particulares autorizadas convenientemente*».

De estas definiciones a la que contenía el art. 1 de la Ley General de Obras Públicas, de 13 de abril de 1877, no hay apenas diferencias: *«Las que sean de general uso y aprovechamiento y las construcciones destinadas a servicios que se hallen a cargo del Estado, de las provincias y de los pueblos»*.

### 3.4. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRAS

#### 3.4.1. Consideraciones previas

Antes de abordar el modelo más utilizado para la realización de obras públicas por parte de la Administración, como es la celebración de un contrato, en virtud del cual se encarga y contrata a un tercero, debe apuntarse que existe la posibilidad, si bien como excepción, de que la conclusión de las obras sea efectuada por la propia Administración.

Efectivamente, la ejecución de las obras públicas por la propia Administración se ha articulado tradicionalmente como una excepción al régimen de contrata, ya que éste se considera más eficaz y operativo por encargarse las obras a empresarios especializados. En la actualidad sigue constituyendo un régimen excepcional<sup>843</sup>. De hecho, el TRLCSP sólo permite su utilización en los supuestos tasados en el art. 24, si bien de una forma tan genérica que acaba consintiendo un amplio margen de valoración administrativa<sup>844</sup>. La disposición de estos medios hace que la Administración no tenga obligación de sacar las actuaciones a procedimientos públicos, lo cual resulta razonable por motivos de eficacia y de eficiencia de la actuación administrativa. La característica principal de esta modalidad de ejecución de obras públicas es que éstas deben realizarse por los propios servicios de la misma o a través de sus medios personales o reales, siendo asimismo posible recabar la colaboración de empresarios particulares con los límites expresados en la norma, sin que ello convierta esta colaboración en un contrato

---

<sup>843</sup> Los supuestos recogidos son: *«a) Que la Administración tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales suficientemente aptos para la realización de la prestación, en cuyo caso deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución; b) Que la Administración posea elementos auxiliares utilizables, cuyo empleo suponga una economía superior al 5 por 100 del importe del presupuesto del contrato o una mayor celeridad en su ejecución, justificándose, en este caso, las ventajas que se sigan de la misma; c) Que no haya habido ofertas de empresarios en la licitación previamente efectuada; d) Que no haya habido ofertas de empresarios en la licitación previamente efectuada; e) Cuando, dada la naturaleza de la prestación, sea imposible la fijación previa de un precio cierto o la de un presupuesto por unidades simples de trabajo; f) Cuando sea necesario relevar al contratista de realizar algunas unidades de obra por no haberse llegado a un acuerdo en los precios contradictorios correspondientes; g) Las obras de mera conservación y mantenimiento, definidas en el artículo 122.5; h) Excepcionalmente, la ejecución de obras definidas en virtud de un anteproyecto, cuando no se aplique el artículo 150.3.a)»*.

<sup>844</sup> DE LA QUADRA SALCEDO, T., «La ejecución de obras por la Administración», GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas...*, pp. 889 y ss.

de obras, puesto que su ejecución estará a cargo del órgano gestor de la Administración sobre la que descansa todo el riesgo de la obra.

### **3.4.2. Concepto**

Es el art. 6 del TRLCSP el que establece la definición del contrato de obras en los siguientes términos: *«1. Son contratos de obras aquellos que tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante. Además de estas prestaciones, el contrato podrá comprender, en su caso, la redacción del correspondiente proyecto. 2. Por obra se entenderá el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble»*.

El precepto es una adaptación de la definición de contratos públicos de obras que recoge el art. 1, apartado 2 b) de la Directiva 18/2004/CE, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, suponiendo una variación en relación con el antiguo art. 120 del TRLCAP, que ofrecía una definición parcial del contrato, al enumerar las actividades que podía incluir y enunciar, a modo de ejemplo, sus eventuales objetos<sup>845</sup>.

### **3.4.3. Sujetos, contenido y objeto**

#### **A) Sujetos**

El contratante ha de ser una entidad del sector público, tal y como señala el art. 6 del TRLCSP, de acuerdo con la definición de contratos públicos de obras. El contratista será un empresario, persona física o jurídica, que cuente con las condiciones de aptitud establecidas en el art. 54 del TRLCSP. En relación con los contratos de obras y tratándose de empresas no comunitarias, existe una especialidad prevista en el art. 55.2 del TRLCSP, que exige que tengan abierta sucursal en España, con designación de

---

<sup>845</sup> Debe señalarse que la nueva Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, es la que define actualmente los contratos públicos de obras, en su art. 2.6 como *«los contratos públicos cuyo objeto sea uno de los siguientes: a) la ejecución, o bien, conjuntamente, el proyecto y la ejecución, de obras relativas a una de las actividades mencionadas en el anexo II; b) la ejecución, o bien, conjuntamente, el proyecto y la ejecución, de una obra; c) la realización, por cualquier medio, de una obra que cumpla los requisitos fijados por el poder adjudicador que ejerza una influencia decisiva en el tipo o el proyecto de la obra»*.

apoderados o representantes para sus operaciones y que estén inscritas en el Registro Mercantil.

En cuanto a la exigencia de clasificación, el art. 65 del TRLCSP la declara necesaria en el caso de los contratos de obras cuyo importe sea igual o superior a 350.000 euros.

### ***B) Contenido***

El contrato consiste, de un lado, en la realización por el contratista, por cualquier medio, de una obra relativa a bienes inmuebles, o sobre esta clase de bienes. De otro lado, en la contraprestación de la Administración por la ejecución de dicha obra, esto es, el pago de un precio.

El contrato participa del carácter formal de todos los contratos del sector público y, además de típico, es sinalagmático o bilateral y conmutativo, al existir dos partes que llevan a cabo recíprocas prestaciones. Es siempre oneroso.

Al contenido mínimo general de los contratos establecido en el art. 26 del TRLCSP, debe añadirse, en el caso del contrato de obras, la existencia previa de un proyecto que defina con exactitud el contenido de la prestación, salvo que el contrato, además de consistir en la ejecución de una obra o trabajos asimilables, comprenda la redacción del correspondiente proyecto de obras, tal y como establece el art. 6.

### ***C) Objeto***

El objeto del contrato de obras ha de ser siempre un bien inmueble, en cualquiera de sus acepciones. El Anexo I de la Ley contiene una exhaustiva enumeración de hasta setenta y cuatro posibles objetos del mismo, clasificados en cuatro categorías, sin perjuicio de otros posibles, siempre que tengan que ver con la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble, o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o subsuelo.

#### **3.4.4. La celebración del contrato de obras**

Aun con apoyo económico privado, el régimen de las principales obras públicas está presidido por un intenso intervencionismo administrativo, debido a su consideración como herramienta de fomento, pero, sobre todo, por la utilización del dominio público.

Tal y como señala el primer apartado del art. 121 del TRLCSP, la celebración requiere la previa elaboración, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto que definirá con toda precisión el objeto del contrato<sup>846</sup>.

El art. 122 del TRLCSP, con idéntica redacción que el antiguo art. 123 del TRLCAP, salvo la nueva referencia a las obras de restauración o rehabilitación, del apartado 1 b), establece la clasificación de las obras, según su objeto y naturaleza, a efectos de la elaboración de los correspondientes proyectos en los siguientes grupos:

- a) Obras de primer establecimiento, reforma o gran reparación<sup>847</sup>.
- b) Obras de reparación simple, restauración o rehabilitación<sup>848</sup>.
- c) Obras de conservación y mantenimiento<sup>849</sup>.
- d) Obras de demolición<sup>850</sup>.

Los proyectos han de contener los requisitos mínimos que señala el art. 123<sup>851</sup>.

---

<sup>846</sup> La redacción del proyecto de obras se lleva a cabo, como norma general, por la propia Administración, pero también puede hacerse por un tercero, ya sea en exclusiva o en colaboración con la Administración, mediante el procedimiento de adjudicación conjunta de proyecto y obra, si bien con carácter excepcional. El art. 121 señala: «*En los términos previstos en esta Ley, la adjudicación de un contrato de obras requerirá la previa elaboración, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto que definirá con precisión el objeto del contrato. La aprobación del proyecto corresponderá al órgano de contratación salvo que tal competencia esté específicamente atribuida a otro órgano por una norma jurídica*».

<sup>847</sup> Las primeras son aquellas que dan lugar a la creación de un inmueble. El concepto general de reforma abarca el conjunto de obras de ampliación, mejora, modernización, adaptación, adecuación o refuerzo de un inmueble ya existente. En cambio, se consideran como obras de reparación las necesarias para enmendar un menoscabo producido en un bien inmueble por causas fortuitas o accidentales. Por último, cuando afectan fundamentalmente a la estructura resistente tendrán la consideración de gran reparación (art. 122, apartados 2, 3 y 4 del TRLCSP).

<sup>848</sup> En primer lugar, tienen la consideración de simple reparación, las necesarias para enmendar un menoscabo producido en un bien inmueble, por causas fortuitas o accidentales, siempre que no afecten la estructura resistente del inmueble. Las obras de restauración son aquellas que tienen por objeto reparar una construcción conservando su estética, respetando su valor histórico y manteniendo su funcionalidad. Son obras de rehabilitación aquellas que tienen por objeto reparar una construcción conservando su estética, respetando su valor histórico y dotándola de una nueva funcionalidad que sea compatible con los elementos y valores originales del inmueble (art. 122, apartados 4, 6 y 7 del TRLCSP).

<sup>849</sup> Tendrán este carácter cuando se trate de obras necesarias para reparar el menoscabo producido en el tiempo por el natural uso del bien. Las obras de mantenimiento tendrán el mismo carácter que las de reparación (art. 122.5 del TRLCSP).

<sup>850</sup> Son las que tienen por objeto el derribo o destrucción de un bien inmueble (art. 122.6 del TRLCSP).

<sup>851</sup> El art. 123 señala en su apartado primero: «*Los proyectos de obras deberán comprender, al menos: a) Una memoria en la que se describa el objeto de las obras, que recogerá los antecedentes y situación*

Una vez aprobado el proyecto y antes de la tramitación del expediente de contratación, se procede a efectuar su supervisión cuando su cuantía sea igual o superior a 350.000 euros. En los demás casos, el informe de supervisión tendrá carácter facultativo, salvo que sean obras que afecten a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra, en cuyo caso el informe será igualmente necesario (art. 125 del TRLCSP<sup>852</sup>).

Seguidamente, se procederá a efectuar el replanteo del mismo, el cual consistirá, como señala el art. 126, *«en comprobar la realidad geométrica de la misma y la disponibilidad de los terrenos precisos para su normal ejecución, que será requisito indispensable para la adjudicación en todos los procedimientos. Asimismo, se deberá comprobar cuantos supuestos figuren en el proyecto elaborado y sean básicos para el contrato a celebrar. Realizado el replanteo, se incorporará el proyecto al expediente de contratación. Se inicia el procedimiento de adjudicación del contrato, que tiene la finalidad de seleccionar un contratista que ejecute debidamente la obra proyectada, siempre bajo la vigilancia de la Administración. Debe señalarse que el control de las adjudicaciones de obras públicas es un problema especialmente delicado que plantea este contrato.*

En cualquier caso, y en cuanto a los procedimientos específicos del contrato de obras, son los establecidos con carácter general en el Capítulo I del Título I del Libro

---

*previa a las mismas, las necesidades a satisfacer y la justificación de la solución adoptada, detallándose los factores de todo orden a tener en cuenta; b) Los planos de conjunto y de detalle necesarios para que la obra quede perfectamente definida, así como los que delimiten la ocupación de terrenos y la restitución de servidumbres y demás derechos reales, en su caso, y servicios afectados por su ejecución; c) El pliego de prescripciones técnicas particulares, donde se hará la descripción de las obras y se regulará su ejecución, con expresión de la forma en que ésta se llevará a cabo, las obligaciones de orden técnico que correspondan al contratista, y la manera en que se llevará a cabo la medición de las unidades ejecutadas y el control de calidad de los materiales empleados y del proceso de ejecución; d) Un presupuesto, integrado o no por varios parciales, con expresión de los precios unitarios y de los descompuestos, en su caso, estado de mediciones y los detalles precisos para su valoración; e) Un programa de desarrollo de los trabajos o plan de obra de carácter indicativo, con previsión, en su caso, del tiempo y coste; f) Las referencias de todo tipo en que se fundamentará el replanteo de la obra; g) El estudio de seguridad y salud o, en su caso, el estudio básico de seguridad y salud, en los términos previstos en las normas de seguridad y salud en las obras; h) Cuanta documentación venga prevista en normas de carácter legal o reglamentario». Sin embargo, cuando la cuantía sea inferior a 35.000 euros, indica el apartado segundo que se simplifica esta exigencia de documentos.*

<sup>852</sup> Éste señala: *«Antes de la aprobación del proyecto, cuando la cuantía del contrato de obras sea igual o superior a 350.000 euros, los órganos de contratación deberán solicitar un informe de las correspondientes oficinas o unidades de supervisión de los proyectos encargadas de verificar que se han tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario así como la normativa técnica que resulten de aplicación para cada tipo de proyecto. La responsabilidad por la aplicación incorrecta de las mismas en los diferentes estudios y cálculos se exigirá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123.4. En los proyectos de cuantía inferior a la señalada, el informe tendrá carácter facultativo, salvo que se trate de obras que afecten a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra en cuyo caso el informe de supervisión será igualmente preceptivo».*

III: procedimiento abierto<sup>853</sup>, restringido<sup>854</sup> y negociado<sup>855</sup>, más el diálogo competitivo<sup>856</sup>. Se prevé, además, un procedimiento de información a los licitadores, el anuncio previo, que los órganos de contratación podrán potestativamente realizar anualmente, con el fin de dar a conocer, en relación con los contratos de obras, los que se tenga proyectado adjudicar en los doce meses siguientes, así como las características esenciales de aquellos cuyo valor estimado sea igual o superior a 5.000.000 euros.

Las exigencias de publicidad varían en función de que los contratos estén o no sujetos a regulación armonizada. Para el caso de los contratos de obras, esto ocurre cuando su cuantía o valor estimado es superior a 4.845.000 euros, según el umbral fijado en el art. 14 del TRLCSP<sup>857</sup>. En el caso de sujeción a regulación armonizada, las convocatorias de licitación deberán publicarse obligatoriamente, además de en el BOE, en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante DOUE), si bien esta publicación es potestativa cuando no alcanzan el citado umbral.

Los criterios de valoración que se aplican a los candidatos vienen establecidos con carácter general en el art. 150 del TRLCSP, teniendo en cuenta que cuando sólo se utilice un criterio éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo.

### **3.4.5. La ejecución del contrato de obras**

Las obras han de ejecutarse con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y al proyecto que sirve de base al contrato y según las instrucciones que, en interpretación técnica de éste, dieren al

---

<sup>853</sup> En él pueden presentar proposiciones todos los empresarios interesados, quedando excluida toda negociación de los términos del contrato (art. 157 del TRLCSP). Es, junto al restringido, el procedimiento ordinario de adjudicación, sin que existan especialidades en relación con el contrato de obras, resultando de aplicación las normas generales establecidas en los arts. 157 y siguientes.

<sup>854</sup> Mediante este procedimiento el órgano de contratación elige al contratista entre aquellos que puedan participar, en atención a su solvencia, previa solicitud de los mismos, pudiéndose distinguir la fase de selección de los licitadores y la fase de licitación propiamente dicha, sin que existan normas específicas para el contrato de obras.

<sup>855</sup> Este procedimiento, mediante el cual el órgano de contratación elige al contratista tras efectuar consultas con diversos candidatos, sólo puede utilizarse en aquellos supuestos específicos establecidos en los arts. 170 y 171 del TRLCSP y, en todo caso, con los contratos cuyo valor sea inferior a 100.000 euros, cuantía que en el caso de los contratos de obras se eleva hasta 1.000.000 euros.

<sup>856</sup> Este procedimiento introducido como novedad en la LCSP se aplica sin especialidades a los contratos de obras.

<sup>857</sup> El art. 8 de la nueva Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión indica que la misma se aplica a las concesiones de un valor igual o superior a 5.186.000 euros.

contratista el director facultativo de las obras y, en su caso, el responsable del contrato, en los ámbitos de su respectiva competencia.

### **A) *La comprobación del replanteo***

Con carácter previo al inicio de las obras, debe procederse a la comprobación del replanteo, en presencia del contratista que ha resultado adjudicatario del contrato, comenzando la ejecución propiamente dicha con la emisión del acta de comprobación del replanteo<sup>858</sup>.

### **B) *Modalidades de pago***

#### **B) 1. *Pago mediante certificaciones y abonos a cuenta***

El modelo clásico para construir y financiar la obra pública consiste en la contratación y encargo de ésta a un empresario a través del contrato de obras, realizándose el pago al contratista mediante abonos a cuenta a través de certificaciones en principio mensuales, expedidas a medida que la obra progresa<sup>859</sup> (salvo que los pliegos del contrato especifiquen otra cosa). La financiación de la obra se realiza pues con fondos públicos procedentes de los correspondientes presupuestos de gastos.

Las certificaciones de obra constituyen el documento justificativo de la ejecución de las unidades de obra comprendidas en ella. No suponen su entrega, por lo que su expedición no implica el desplazamiento a la Administración del riesgo de destrucción o deterioro de las obras, que sólo se produce al tiempo de su recepción, sin perjuicio de las indemnizaciones que procedan en caso de fuerza mayor. Mediante estos documentos se intenta favorecer la financiación del contratista, realizando en su favor pagos parciales y permitiéndole transmitir a un tercero el derecho de cobro que incorporan las

---

<sup>858</sup> A tales efectos, dentro del plazo que se consigne en el contrato, que no podrá ser superior a un mes desde la fecha de formalización, salvo excepciones justificadas, el servicio de la Administración encargada de las obras procederá a efectuar la comprobación del replanteo hecho previamente a la licitación, ahora en presencia del contratista y extendiendo el acta que deberá ser firmada por las partes interesadas, remitiéndose un ejemplar de la misma al órgano que celebró el contrato (art. 229 del TRLCSP).

<sup>859</sup> El art. 232, en su apartado 1, del TRLCSP precisa: «A los efectos del pago, la Administración expedirá mensualmente, en los primeros diez días siguientes al mes al que correspondan, certificaciones que comprendan la obra ejecutada durante dicho período de tiempo, salvo prevención en contrario en el pliego de cláusulas administrativas particulares, cuyos abonos tienen el concepto de pagos a cuenta sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final y sin suponer en forma alguna, aprobación y recepción de las obras que comprenden».



certificaciones<sup>860</sup>. También sirven al contratista para suspender la ejecución de las obras, si su importe no se abona en el plazo de cuatro meses desde su expedición y para instar su resolución, si la demora es superior a ocho meses.

La transmisión de las certificaciones de obra a entidades bancarias o financieras constituye un mecanismo cada vez más utilizado como vía para la obtención de fondos por el contratista cuyas ventajas se encuentran, sin embargo, limitadas habida cuenta que, en ningún caso, dicha cesión puede suponer un perjuicio para la Administración<sup>861</sup>.

***B) 2. Contrato de obra bajo la modalidad de abono total del precio. El denominado sistema alemán***

La característica principal de este modelo de contratación consiste en la posibilidad que ostenta la Administración de proceder al abono de las cantidades debidas al contratista, no a medida que la obra se va ejecutando como en el modelo anterior, sino al término de la totalidad de la misma, una vez recibida por la Administración a su plena satisfacción. Se conoce como “sistema alemán” por ser este Estado el primero en aplicarlo<sup>862</sup>. El sistema buscaba eludir que se computasen como deuda los pagos parciales vinculados en la forma tradicional al desarrollo de la obra.

---

<sup>860</sup> El Tribunal Constitucional definió en su Sentencia núm. 169/1993, de 27 de mayo de 1993 (BOE de 21 de junio de 1993) las certificaciones como «títulos que incorporan un derecho de crédito del contratista frente a la Administración, con arreglo a las cuales puede ésta verificar abonos, parciales o provisionales, del importe del contrato a fin de facilitar, desde el punto de vista financiero, la mejor ejecución y conclusión de las obras».

<sup>861</sup> En efecto, la transmisión de las certificaciones no implica que la cesionaria adopte una posición acreedora de carácter autónomo e independiente, sino que viene a ocupar la misma posición jurídica que anteriormente tenía el cedente. Ello significa que la Administración no podrá verse perjudicada por la cesión, pudiendo negarse a pagar una cantidad distinta a aquella a la que tendría derecho el cedente. De esta forma, las certificaciones no pueden entenderse como títulos abstractos, sino como negocios causales.

<sup>862</sup> Precisan BÉJAR OCHOA, J., «Infraestructuras viarias», DE LA CRUZ FERRER, J.; LÓPEZ LOZANO, M.Á. y LÓPEZ RODÓ, L. (coords.), *Conferencia Internacional sobre Financiación y gestión privada de infraestructuras de interés público*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, 1997, pp. 229-242 y ACERETE GIL, J.B., *Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público-privadas*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004, p. 107, que a pesar de ello, no es éste el sistema normal de realización de obras en el país germano, sino que en un primer momento decidió aplicarse a la ejecución de 6 proyectos concretos -proyectos-piloto contenidos en el Plan Federal de Inversiones en Transporte para el período 1992-2012, primer plan aprobado en Alemania tras la caída del Muro de Berlín-. Con posterioridad, se amplió a 12 el total de proyectos que debían construirse bajo este sistema. Eran proyectos que versaban sobre la construcción de carreteras, cuya longitud total ascendía a 148,4 km. Actualmente el mecanismo se recoge en la “FernstraBenbauprivatfinanzierungsgesetz”, de 1995, Ley que regula la financiación privada para la construcción de vías de comunicación, bajo la rúbrica de “Mogendorfer Modell”, en contraposición con el

En nuestro ordenamiento fue introducido por la Ley 13/1996, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, en su art. 147, que recoge su definición y régimen jurídico. Posteriormente, el Real Decreto 704/1997, de 16 de mayo, por el que se regula el régimen jurídico, presupuestario y financiero del contrato administrativo de obra, bajo la modalidad de abono total del precio, restringe su aplicación a los contratos que cumplan los requisitos de naturaleza de la obra y precio del contrato que se especifican, sin que sea de aplicación para los contratos de reforma, reparación, conservación, o mantenimiento y demolición de infraestructuras. Sin embargo, esto no ha sido incluido en la regulación del contrato de obras que contiene el TRLCSP, cuyo art. 115 se limita a indicar que el pago del precio de los contratos administrativos podrá hacerse de manera total o parcialmente mediante abonos a cuenta. Sí se ha incorporado esta modalidad de abono del precio en el contrato de concesión de obra pública.

Su objetivo se basa en permitir la construcción de obras públicas en momentos de insuficiencia de recursos, retrasando así los efectos del pago sobre el déficit público. Se consiguen, al menos, dos consecuencias para los intereses pretendidos por la Administración<sup>863</sup>. En primer lugar, postergar el endeudamiento que asume como contrapartida a la obra realizada al ejercicio en que se produce su recepción, de manera que es el contratista quien durante el período de construcción de la obra ha de procurarse la financiación precisa para afrontar el coste de la obra. Asume, por tanto, plenamente los riesgos de esta fase. En segundo lugar, permite un más correcto control del gasto diferido, puesto que el precio que ha de abonarse tras la construcción se cierra en el momento inicial, con la firma del contrato, sin que quepan modificaciones y estableciéndose un régimen sancionador aplicable ante posibles retrasos en la entrega de la obra respecto de la fecha fijada.

Estamos, por tanto, ante una manifestación de la valorización, si bien mínima, ya que la retribución pública presupuestaria sólo se retrasa en el tiempo, lo que implica que su cómputo contable se produce asimismo en un momento posterior. La regla general es que el precio del contrato sea satisfecho por la Administración mediante un pago único en el momento de la terminación de la obra, obligándose el contratista a financiar la construcción, mediante el adelanto de las cantidades necesarias, hasta que se produzca la recepción de la obra terminada. No obstante, se admite la posibilidad de fraccionar el

---

modelo de explotación o “Betreibermodell”, sistema tradicional de concesión de obra, que es al que se recurre habitualmente».

<sup>863</sup> ACERETE GIL, J.B., PIÑA MARTÍNEZ, V. y TORRES PRADAS, L., *La iniciativa privada en el sector público: externalización de servicios y financiación de infraestructuras*, Aeca, Madrid, 2003, p. 34.

pago en distintas anualidades, con un máximo de diez, permitiéndose así distribuir mejor la carga financiera en diversos ejercicios económicos.

Es el contratista quien se encarga de financiar la obra, estableciéndose como única garantía de pago por parte de la Administración la obligación de ésta de contabilizar de forma independiente el compromiso de gasto, consignándose con carácter preferente en el ejercicio en que deba recibirse la obra el crédito necesario para amparar la totalidad del compromiso de gasto previamente adquirido. Cuando se fraccione el pago, los compromisos en cada uno de los ejercicios en que se fracciona deberán contabilizarse adecuada e independientemente<sup>864</sup>.

Existen límites legales para la utilización de esta modalidad de pago, puesto que el importe total contratado de esta forma en cada ejercicio no puede ser superior al 30 por 100 de los créditos iniciales dotados, si bien este porcentaje se puede cambiar por el Gobierno en casos especialmente justificados.

Este sistema, si bien permite el diferimiento en el pago por la insuficiencia de presupuesto en un momento dado, lo cierto es que resulta más caro para la Administración. De ahí que el Real Decreto obligara al Departamento que pretenda su utilización a justificar la conveniencia de realizar las obras de acuerdo con este sistema, por razones de insuficiencia de recursos y de interés público.

### ***C) La responsabilidad del contratista en la ejecución***

El principio que se aplica en materia de responsabilidad durante la fase de ejecución del contrato es el de riesgo y ventura del contratista, recogido con carácter general en el art. 215 del TRLCSP, lo que implica, en el caso del contrato de obras, que aquel responde de todos los defectos que puedan advertirse en la construcción y hasta que se cumpla el plazo de garantía (art. 230.3 del TRLCSP), con excepción de aquellos supuestos en que los defectos sean consecuencia de una orden inmediata de la Administración o de vicios del proyecto que ésta haya elaborado o supervisado. Este principio cede en los casos de fuerza mayor, siempre que no exista actuación

---

<sup>864</sup> HERRANZ EMBID, P., «Régimen general de las obras públicas», *op. cit.*, p. 244, explica: «En la aplicación práctica de este sistema, este compromiso de gasto ha resultado ser insuficiente garantía para los financiadores de los proyectos, que se ven obligados a costear íntegramente el importe total de la obra, pues bastaría que la Administración correspondiente no consignara el crédito en el ejercicio correspondiente para que sus derechos se vieran desconocidos. Por esta razón, se buscan fórmulas de garantía alternativas que comprometan directamente a la Administración, las cuales, en muchos casos, fuerzan en exceso los límites legales admitidos».

imprudente del contratista, en cuyo caso tiene derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios, que se le hubieran producido<sup>865</sup>.

#### **3.4.6. La extinción del contrato de obras**

Como todo contrato, el de obras llega a su fin cuando se produce su cumplimiento, al haberse procedido por el contratista a la ejecución del encargo; si bien, en consideración de los intereses públicos que actúan en los contratos administrativos durante la vida contractual, existen determinadas formalidades específicas que suponen trámites especiales en los últimos momentos del procedimiento: la recepción de las obras, por parte de la Administración, y la aplicación de las garantías establecidas, que son complementarias a las que se regulan en el ámbito civil para el contrato de arrendamiento de obras.

Con carácter general, el art. 222 del TRLCSP establece que el contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación. En el caso del contrato de obras, el perfecto cumplimiento implica que las obras deben terminarse dentro de los plazos señalados en los pliegos. La Ley establece un procedimiento formal de entrega de las obras, llamado recepción, a partir del cual comienza a correr el plazo de garantía<sup>866</sup>.

Del resultado de la recepción se levantará un acta de recepción, que deben suscribir todos los asistentes<sup>867</sup>.

---

<sup>865</sup> Los supuestos de fuerza mayor. Vienen establecidos en el párrafo segundo del art. 231 del TRLCSP, que señala: los incendios causados por electricidad atmosférica; los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes; los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

<sup>866</sup> A la recepción debe concurrir el responsable del contrato, si se hubiese nombrado, o un facultativo designado por la Administración representante de ésta, el facultativo encargado de la dirección de las obras y el contratista asistido, si lo estima oportuno, de su facultativo.

<sup>867</sup> En cuanto al contenido, existen varias posibilidades dependiendo del estado de las obras. Si las obras se encuentran en buen estado y con arreglo a las prescripciones previstas, el funcionario técnico designado por la Administración contratante y representante de ésta, las dará por recibidas, levantándose la correspondiente acta y comenzando a computarse el plazo de garantía. Si las obras, en cambio, no se hallaran en estado de ser recibidas, se hará constar así en el acta y el Director de las mismas señalará los defectos observados y detallará las instrucciones precisas fijando un plazo para remediarlos. Si transcurrido dicho plazo el contratista no hubiere efectuado las oportunas reparaciones, podrá concedérsele otro nuevo plazo improrrogable o declarar resuelto el contrato. Subsanaos los defectos a satisfacción del órgano de contratación, podrá procederse entonces a la recepción de la obra.

### 3.4.7. La resolución del contrato de obras

La resolución del contrato de obras tiene lugar por las causas generales de resolución de todos los contratos administrativos, recogidas en el art. 223 del TRLCSP, pero, además, por las causas específicas del art. 237<sup>868</sup>. La Ley de Economía Sostenible ha suprimido las causas relativas a los errores materiales que pudiera contener el proyecto o presupuesto elaborado por la Administración que pudieran afectar en más de un 20 por 100 al presupuesto de la obra y a las modificaciones en el contrato superiores al 20 por 100 del precio primitivo del contrato que ahora no son causas de resolución porque son obligatorias para el contratista en el caso de que el contrato esté sometido al régimen de modificación del TRLCSP.

## 4. CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

### 4.1. INTRODUCCIÓN

Como ha podido comprobarse, el aumento de la demanda ciudadana de obras públicas ocasiona que las Administraciones públicas respondan con planes de construcción de infraestructuras<sup>869</sup>. La vía ordinaria y tradicional para llevarlas a cabo era la ejecución mediante el contrato administrativo de obras con cargo a fondos públicos presupuestarios, en su caso, con incremento de la deuda pública, sin aumento expreso de la carga tributaria de los ciudadanos. Sin embargo, para seguir este camino es preciso hacer frente a algunas exigencias que, muchas veces, son insalvables. Esas exigencias son las limitaciones legales sobre el gasto público y, en especial, sobre el nivel de déficit público y endeudamiento de las Administraciones<sup>870</sup>.

---

<sup>868</sup> Estas causas específicas son la demora en la comprobación del replanteo; la suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a seis meses por parte de la Administración; y el desistimiento o la suspensión de las obras por un plazo superior a ocho meses acordada por la Administración.

<sup>869</sup> Señala TELLO BLASCO, C.M., «Modelos aplicados de colaboración público-privada por la Administración Pública. Experiencias en la Administración General del Estado», *Revista Española de Control Externo*, vol. 10, núm. 28, 2008, p. 66, que «la Administración Pública debe servir a los intereses de la colectividad, entre los que se encuentra, sin duda alguna, la satisfacción de las necesidades de desplazamiento y mercancías, necesidad que ha de ser satisfecha por medio de la construcción de infraestructuras (...), a las que cada vez más se les exige mayor calidad, en el más amplio sentido de la palabra: funcionalidad, eficiencia económica, rapidez, comodidad y seguridad».

<sup>870</sup> MENÉNDEZ GARCÍA, P. y FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., «Análisis histórico-jurídico de la concesión de obra pública», MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.), *Instrumentos españoles de colaboración público-privada...*, *op. cit.*, p. 102, destacan el nuevo protagonismo que la concesión de obra pública adquiere como sistema para atraer la participación privada en la ejecución y sostienen, además, que la financiación de las obras públicas encontró su justificación en la unión de dos elementos principales. «De una parte, en el dato de que la política económica comunitaria se ha caracterizado por

Indudablemente, la construcción de infraestructuras basada en el tradicional contrato administrativo de obras públicas fue apto para una profunda colaboración entre el sector público y el sector privado. Ahora bien, debido a que, como se ha demostrado, existe una clara necesidad económica de eliminar o, al menos, reducir el déficit público, el esquema debía enriquecerse<sup>871</sup>.

Por ello, ha aparecido el contrato de concesión de obras públicas como resultado de la dotación al contrato tradicional de obras de un nuevo régimen jurídico que lo actualizara, respetando la tradición jurídica, con una regulación que previera técnicas de financiación privada adaptadas a los nuevos instrumentos que han ido apareciendo en el mercado e incorporando las nuevas herramientas y experiencias desarrolladas a lo largo del tiempo<sup>872</sup>. El objetivo central era pues dar entrada, en la financiación de las obras públicas, al sector privado. Este hecho en sí no constituye novedad alguna; lo que ocurre es que la frontera entre lo público y lo privado ha ido variando con el tiempo y ha sido necesario tener en cuenta las circunstancias que rodean las distintas figuras contractuales.

La consecuencia de estas nuevas notas ha sido la configuración del contrato de concesión de obras públicas como un contrato típico<sup>873</sup> dentro de los enumerados en el TRLCSP e independizado del contrato de obra, que adquiere así una identidad propia.

---

*una firme política presupuestaria, traducida en la disciplina y contención del déficit público mediante la imposición de límites al crecimiento del gasto público. En efecto, como consecuencia del Tratado de la Unión Europea, se adoptaron, como criterios de convergencia económica entre los distintos Estados miembros, una serie de compromisos fijados por el Tratado como condiciones previas para la integración en el Sistema Monetario Europeo. A este factor se añadió, por otra parte, la ineludible y permanente exigencia de completar y mejorar la red de infraestructuras públicas, operación que requiere comprometer importantes recursos. En este contexto es en el que debe situarse el origen de las reformas legislativas apuntadas. No parece que el protagonismo que ha vivido esta figura en los últimos años vaya a verse eclipsado, sino todo lo contrario, por la grave crisis económica y financiera en la que nos hallamos».*

<sup>871</sup> VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., *Ejecución y financiación de obras públicas: estudio de la obra pública...*, op. cit., p. 347, «La celebración de contratos de concesión es un remedio que contribuye a favorecer la movilización de recursos privados. Es, pues, la concesional, una alternativa sumamente seductora, por conciliadora, en tanto que permite conjugar los intereses “contrapuestos” de las partes interesadas en la ejecución de proyectos: el sector público y el sector privado».

<sup>872</sup> SANZ GANDASEGUI, F., «El concepto de contrato de concesión de obras públicas», MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.), *Instrumentos españoles de colaboración público-privada...*, op. cit., p. 107.

<sup>873</sup> La Ley 13/2003, de 23 de mayo se incorporó como Título a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y es en virtud de ella que el contrato de concesión de obras públicas dejó de ser un contrato atípico.

## 4.2. EL CONCEPTO DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

En el ámbito específico de las obras públicas, la concesión se concibe primariamente como un sistema de construcción de obras públicas, es decir, de transformación física de inmuebles demaniales. Incluso cuando no hay inicialmente utilización de dominio público, la concesión de la obra transforma en demanial el bien inmueble que constituye su soporte físico por su afectación al «*general uso y aprovechamiento*». No obstante, ésta no es siempre la opción más conveniente, pues si la obra es, sin excepciones, de dominio público, los títulos de ocupación y explotación son muy precarios.

La concesión de obra pública<sup>874</sup> es el contrato en virtud del cual se encarga a un particular la realización de ciertas actividades de construcción o rehabilitación de inmuebles a cambio del derecho a explotar la obra o de este derecho acompañado del de percibir un precio<sup>875</sup>. La clave es el derecho de explotación otorgado al concesionario<sup>876</sup>, que permite trasladarle todo o la mayor parte del riesgo inherente a la explotación, en la medida en que su beneficio y la recuperación de la inversión dependen de la demanda y del pago por los usuarios<sup>877</sup>.

---

<sup>874</sup> RAMÓN FERNÁNDEZ, T., «Las obras públicas»..., *op. cit.*, p. 2447, explica que, aunque se utilizan alternativamente las expresiones “obra pública” y “obras públicas”, es posible, sin embargo, distinguir ambas. «*Así lo hace, por ejemplo, la doctrina francesa tradicional utilizando, incluso, a estos efectos dos expresiones diferentes: travaux publics y ouvrage public. La primera de ellas alude a las operaciones que dan lugar a la obra pública propiamente dicha y a todas las actividades que dichas operaciones exigen: ofertas y concursos, ocupaciones temporales, requisas, concesiones, etc. La obra pública, en cuanto producto resultante de esas operaciones, se independiza de éstas una vez concluida y afirma su intangibilidad a todo evento, cualesquiera que sean, por ejemplo, las irregularidades afectantes al procedimiento que han dado lugar a ella*». Sin embargo, cree este autor que no es imprescindible atenerse rígida y formalmente a la distinción apuntada, que supone «*un corte abrupto de una realidad que se presenta en un bloque, cuya disección es siempre convencional, y no ofrece otra ventaja que la de subrayar el principio de intangibilidad de la obra pública y su específica autonomía, que, por supuesto, deben ser retenidas en todo caso*».

<sup>875</sup> BERNAL BLAY, M.Á., *El contrato de concesión de obras públicas...*, *op. cit.*, p. 241, precisa que la causa de los contratos de concesión, tanto de obras como de servicios, es el derecho de explotación de la obra construida o del servicio implantado que se reconoce al concesionario, con independencia de que tal derecho pueda venir acompañado de un precio pagado por la entidad contratante.

<sup>876</sup> La explotación se identifica con la percepción de tarifas de los usuarios finales de la obra o del servicio. Sin embargo, GÓMEZ-FERRER MORANT, R., «La contratación local en tiempo de crisis económica», *Anuario de Gobierno Local*, núm. 1, 2009, p. 171, puntualiza: «*Por otro lado, debe señalarse que la figura de la concesión se viene utilizando también para la construcción de hospitales con diversas modalidades, lo que ha supuesto una novedad relativamente reciente, en cuanto con anterioridad se había considerado que sólo entraban en el ámbito de la concesión los servicios susceptibles de explotación económica, entre los que no se encontraban los servicios sanitarios*».

<sup>877</sup> Así lo recoge la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario (2000/C 121/02), que concluye: «*La principal característica distintiva del concepto de*

Su definición legal se encuentra en el art. 7 del TRLCSP, que lo configura como aquel contrato «*que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio*»<sup>878</sup>.

De esta manera, los elementos configuradores de la concesión son dos. En primer lugar, el intento de conciliar el principio de riesgo y ventura sobre lo válidamente pactado entre las partes y el reconocimiento de un derecho al equilibrio económico, que dará lugar a su recomposición en determinadas circunstancias<sup>879</sup>. Por otro lado, el régimen económico-financiero de la concesión de obra pública. El establecimiento del sistema de financiación de la obra y retribución del concesionario que queda a elección de la Administración concedente, atendiendo a determinados criterios, es otro de los rasgos fundamentales de estos contratos. Esto se manifiesta en que si durante el transcurso del contrato o al término del mismo el concesionario recibe una remuneración distinta de la correspondiente a la explotación, el contrato ya no puede ser calificado de concesión.

Por lo que respecta al sometimiento del contrato a las Directrices Europeas, el art. 14.2 del TRLCSP exige que se sujeten a regulación armonizada los contratos de concesión de obra pública cuyo importe sea igual o superior a 4.485.000 euros<sup>880</sup>.

---

*concesión de obras es que otorga el derecho de explotación de la obra como contrapartida de la construcción de la misma, o bien en dicho derecho acompañado de un precio» (apartado 2.1.1).*

<sup>878</sup> HERRANZ EMBID, P., «Régimen general de las obras públicas», GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (coord.), *Derecho de los bienes públicos...*, op. cit., pp. 244 y ss. De esta definición destaca que, en principio, el pago vendrá por la utilización que se realice, aunque, con el fin de atraer el sector privado y considerando las importantes inversiones que se precisan para la realización de las grandes infraestructuras, se abre la puerta a la participación pública tanto en lo referido a la retribución del empresario como a la financiación de la obra.

<sup>879</sup> El principio de asunción del riesgo por el concesionario constituye un elemento definidor del contrato de concesión, puesto que sin riesgo del concesionario no hay concesión de obra pública. Esta regla permite, como veremos, diferenciar estos contratos de otros cuya naturaleza se corresponda más con el contrato de obra por tener asumida la Administración los riesgos del contrato.

<sup>880</sup> La sujeción o no a regulación armonizada determina la aplicación de un distinto régimen de publicidad en la convocatoria de licitación, así como de los diferentes plazos de presentación de proposiciones (art. 159.1 del TRLCSP), por lo que el plazo de admisión de éstas no podrá ser inferior a 52 días contados desde la fecha del envío del anuncio del contrato al Diario de la Unión Europea. Este plazo puede reducirse a cinco días cuando se haya ofrecido el acceso a los pliegos y a la documentación



### 4.3. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA CONCESIÓN DE OBRAS EN ESPAÑA

La primera regulación general de la concesión de obras públicas puede situarse en el Real Decreto de 10 de octubre de 1845, por el que se aprueba la Instrucción para promover y ejecutar las Obras Públicas, en el que se incluye la concesión, bajo el nombre de “construcción de obras por empresa”, como una posible forma de financiar obras públicas. A tenor de esta disposición, *«se consideran obras públicas (...) cualesquiera (...) construcciones que se ejecuten para satisfacer objetos de necesidad o conveniencia general»*<sup>881</sup>.

A este Real Decreto le siguió uno de 27 de febrero de 1852 y ya en 1877, la Ley General de Obras Públicas, de 13 de abril, contempló la concesión de obras públicas como alternativa a la utilización de otro tipo de contratos públicos para la ejecución de esta clase de obras. La concesión de obra pública quedó configurada como una modalidad del contrato de obras públicas en el que la financiación se llevaba a cabo otorgando al contratista el derecho de disfrutar por tiempo determinado del producto de los arbitrios que la Administración estableciera por la explotación de las obras<sup>882</sup>. Posteriormente, la LCAP de 1995 dedicó algunos de sus preceptos a este contrato, pero

---

complementaria por medios electrónicos. Asimismo, si el contrato está sujeto a regulación armonizada, la licitación debe publicarse necesariamente, además de en el BOE, en el DOUE.

<sup>881</sup> En dicha Instrucción, además, aparecían definidos los modos de ejecutar las obras públicas que se han hecho clásicos: por empresa, por contrata o por administración. En el caso de las obras públicas por administración, el Gobierno, las provincias y los pueblos eran los ejecutores encargados directamente de todas las operaciones, facultativas y económicas. En las obras por contrata -hoy conocidas como contratos de obras públicas-, la Administración satisfacía en plazos fijos las cantidades estipuladas, obligándose los contratistas a ejecutar las obras en un tiempo dado y bajo determinadas condiciones. Por último, en las obras por empresas se consagraba la fórmula de la concesión administrativa de la obra pública, contratando la Administración con los particulares la ejecución de las obras y cediéndoles en pago los productos y rendimientos de las mismas. COLMEIRO PENIDO, M., *Derecho Administrativo español*, Tomo II, Calleja, Madrid y Santiago, 1850, p. 34, explica estas modalidades y apunta que, a pesar de que la Instrucción exponga su preferencia por el sistema de contrata, condicionando tal preferencia a que haya fondos suficientes para satisfacer a los contratistas el importe de las obras que vayan ejecutando, *«es preferible la ejecución directa por el Estado siempre que ello fuera posible, toda vez que esta modalidad de construcción es más económica, pues el Gobierno, a diferencia de las empresas privadas, no aspira a obtener ganancias; de este modo, tras amortizar el capital o cubrir los intereses “renuncia a todo gravamen, como no sea rigurosamente necesario para atender a los gastos diarios de conservación y reparación”»*.

<sup>882</sup> La concesión de obra pública se definía así como una operación compleja en la que se hallaban nítidamente diferenciadas las fases de construcción de la obra y la de su explotación por el propio concesionario, durante un tiempo limitado, consistiendo la remuneración en el cobro a los usuarios de ciertas tarifas previamente autorizadas por la Administración concedente. Estos rasgos permitían -y continúan haciéndolo- diferenciar este contrato del de obra, que se limita a la sola ejecución de la obra contratada y cuya contraprestación consiste en un precio unitario.

en el marco de la regulación de los contratos de obras<sup>883</sup>. También en esta línea, el TRLCAP dedicó a la concesión de obras cuatro artículos (130-134) dentro del régimen del contrato de obra, limitando su regulación a aspectos como la publicidad que se debía hacer en este tipo de contratos y el sometimiento a las reglas de licitación que habían de respetar de acuerdo con las Directivas comunitarias, concretamente con la Directiva 37/93/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

No fue hasta la Ley 13/2003, de 23 de mayo, de Concesión de Obra Pública<sup>884</sup>, cuando la concesión de obras públicas fue incorporada de nuevo en la legislación contractual como un contrato nominado más<sup>885</sup>. Esta Ley introdujo en el TRLCAP un Título V, dentro del Libro II, titulado, precisamente, «*Del contrato de concesión de obra pública (arts. 220 a 266)*». Con él se perseguía reforzar la presencia de la iniciativa privada en la construcción y posterior explotación de obras públicas, para no sobrecargar los presupuestos de las Administraciones<sup>886</sup>.

Actualmente, se regula en el TRLCSP como un contrato calificado que tiene por objeto, de conformidad con las previsiones del art. 7, la realización de algunas de las prestaciones contenidas en el art. 6, por parte del concesionario, además de la conservación y mantenimiento de los elementos construidos.

---

<sup>883</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General...*, op. cit., p. 613.

<sup>884</sup> BERNAL BLAY, M.Á., *El contrato de concesión de obras públicas...*, op. cit., p. 74, afirma: «*La aprobación de la LCOP supuso un punto de inflexión en cuanto a la regulación del contrato de concesión de obras públicas. Desde el punto de vista formal, de los apenas 5 artículos que le dedicaba hasta entonces el TRLCAP (arts. 130-134), la LCOP introduce en el propio TRLCAP todo un Título en el Libro II, el V, con 46 artículos dedicados a la regulación de aspectos como el procedimiento de selección del concesionario, los derechos y obligaciones del concesionario y las prerrogativas de la Administración concedente, el régimen económico-financiero de la concesión, o el recurso a la financiación privada por parte del concesionario*».

<sup>885</sup> La propia Exposición de Motivos de esta norma explicaba el contrato de la siguiente manera: «*Construcción y explotación de la obra pública en régimen de concesión, confiriendo el protagonismo principal, bajo la tutela y el control de la Administración, a la iniciativa y capital privados, opción esta, en la que queda incluida la variedad del contrato de concesión que incorpora la obligación adicional para el concesionario de construir una obra u obras diferenciadas de la que es objeto la concesión, pero vinculadas a ella*».

<sup>886</sup> Con esta finalidad introduce dos importantes matizaciones en el esquema concesional. La primera consiste en que la financiación de la inversión necesaria para construir la obra no corra íntegramente a cargo del concesionario. Tanto la importancia que puede revertir la inversión como la necesidad de hacer la propia concesión potencialmente rentable y atractiva para el capital privado, justifican en la práctica que en cada caso concreto, la financiación pública esté presente junto a la del concesionario, contribuyendo a la inversión en un porcentaje lógicamente variable según los supuestos. La segunda variación supone que la retribución del concesionario puede ser asumida, por la propia Administración en función de la utilización de la obra, abonando las tarifas que debería satisfacer el usuario, subvencionando parte de su importe, o asegurando un mínimo de rentabilidad a la inversión del concesionario.

#### **4.4. PRINCIPIOS CONFIGURADORES DE LA CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS: RIESGO CONCESIONAL Y EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO DE LA CONCESIÓN**

El TRLCSP regula los elementos tradicionales configuradores de la concesión, aunque matizando o moderando el principio de riesgo y ventura, y aplicando el principio relativo al mantenimiento del equilibrio económico financiero en ambos sentidos (a favor y en contra del contratista). Su pretensión es conciliar el principio de riesgo y ventura sobre lo válidamente pactado entre las partes y el reconocimiento de un derecho al equilibrio económico que dará lugar a su recomposición en determinadas circunstancias, habida cuenta el interés público en presencia y la extensión del plazo concesional<sup>887</sup>.

##### **A) Riesgo concesional**

El principio de asunción del riesgo por el concesionario constituye un elemento definidor del propio contrato de concesión, tanto que en el fondo es lo que permite diferenciar estos contratos de otros que, aunque tengan forma concesional, se correspondan más con el contrato de obra por tener asumida la Administración los riesgos del contrato<sup>888</sup>. El motivo por el que se subraya la específica aplicación del mismo al contrato de concesión de obra pública deriva de la necesidad de que la traslación de riesgos al concesionario efectivamente se produzca porque lo contrario no haría sino encubrir un contrato de obra, en el que el precio se sustituiría por la financiación pública. En otros términos, se alteraría la esencia de la concesión de la obra si mediante la financiación pública, directa o indirecta, tal riesgo no existiera, frustrándose el objeto de la concesión, esto es, el ahorro de recursos públicos y la contribución privada en la financiación de las infraestructuras públicas<sup>889</sup>.

---

<sup>887</sup> HERRANZ EMBID, P., «Régimen general de las obras públicas», GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (coord.), *Derecho de los bienes públicos...*, op. cit., pp. 246-248.

<sup>888</sup> Así se deduce de las exigencias de la doctrina y conclusiones de la Comisión Europea, expuestas en su Comunicación Interpretativa 2000/C 121/02, publicada en el DOUE, de 29 de abril de 2000. FUENTETAJA PASTOR, J.Á., «Riesgo y ventura en la concesión de obra pública», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 2004, p. 158, indica que la esencia de la concesión radica en depositar sobre el concesionario la aleatoriedad (el aleas) de su explotación, la cual se hace a su cargo y ventura. Esta posibilidad de lucro industrial es la que hace posible recurrir al mercado para la realización de actividades, lo que presupone evidentemente que estas actividades sean de tal naturaleza que permitan, al menos potencialmente, un enriquecimiento del empresario como fruto de su gestión.

<sup>889</sup> El principio se recoge en el propio concepto del contrato de concesión en el art. 7 del TRLCSP, que afirma «*el contrato se ejecutará en todo caso a riesgo y ventura del contratista*», y aparece repetidamente a lo largo del texto<sup>889</sup>. Particularmente, el art. 242 que lleva por rúbrica «*Principio de riesgo y ventura en*

La aplicación del mismo significa la transmisión al concesionario de la responsabilidad técnica, financiera y la gestión de la obra asumiendo éste los riesgos vinculados a esa explotación. Atendiendo a la enumeración de las obligaciones del concesionario contenidas en el TRLCSP<sup>890</sup>, supone que le corresponde asumir la responsabilidad y, por lo tanto, los costes del mantenimiento, conservación y adecuación de la obra a lo que, en cada momento, y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios, que resulte de aplicación.

El riesgo y ventura determina, en definitiva, que el concesionario dependa sustancialmente de los ingresos que obtenga por las tarifas que cobre a los usuarios que utilicen las infraestructuras. Ahora bien, en algunos casos es difícil determinar dónde se encuentra el equilibrio entre el riesgo que debe asumir el concesionario para que el contrato no pierda sus características y las ayudas de tipo jurídico o financiero que deban brindársele para garantizar la viabilidad de la concesión. En efecto, algunos supuestos requerirán aportación de financiación pública de diversa índole<sup>891</sup>, e incluso cláusulas que maticen la asunción del riesgo por la concurrencia de determinadas circunstancias. En cualquier caso, el límite debe situarse en aquellos supuestos en que no se asume realmente riesgo por parte del concesionario porque se encuentre cubierto por las Administraciones públicas.

### ***B) Equilibrio económico-financiero***

---

la ejecución de las obras», indica que: «Las obras se ejecutarán a riesgo y ventura del concesionario, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 215 y 231, salvo para aquella parte de la obra que pudiera ser ejecutada por cuenta de la Administración, según lo previsto en el artículo 240.2, en cuyo caso regirá el régimen general previsto para el contrato de obras».

<sup>890</sup> El art. 247, en su apartado 4, indica: «El concesionario deberá mantener la obra pública de conformidad con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación».

<sup>891</sup> Según el art. 253.2 del TRLCSP, «Cuando existan razones de rentabilidad económica o social, o concurren singulares exigencias derivadas del fin público o interés general de la obra objeto de concesión, la Administración podrá también aportar recursos públicos para su financiación, que adoptará la forma de financiación conjunta de la obra, mediante subvenciones o préstamos reintegrables, con o sin interés, de acuerdo con lo establecido en el artículo 240 y en esta sección, y de conformidad con las previsiones del correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, debiendo respetarse en todo caso el principio de asunción de riesgo por el concesionario». Esta financiación pública puede producirse en la fase de la construcción de la obra y en la explotación. La Ley distingue las aportaciones que se realicen durante la fase de ejecución de las obras (art. 254), cuyo régimen se regula en el Capítulo concerniente a la construcción de la obra pública, al término de la concesión, cuyo importe será fijado en los pliegos o por los licitadores correspondientes y aquellas que pueden producirse concluidas las obras.

El hecho de que el concesionario tenga que asumir el riesgo no supone que no tenga derecho a cierta estabilidad económica, la cual se articula sobre el denominado equilibrio económico-financiero<sup>892</sup>. Este equilibrio económico financiero de la concesión es un concepto jurídico indeterminado al que cabría atribuir un único significado real, consistente en la búsqueda, en la medida de lo posible, de una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las posibles obligaciones que le son impuestas; ventajas y obligaciones que deben compensarse para formar parte de la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles<sup>893</sup>. Viene constituido por el conjunto de elementos que, de acuerdo con el plan económico-financiero propuesto por el contratista y aceptado por la Administración, estructura financieramente el contrato, previendo la cuantía de la inversión, amortización, financiación, previsiones de la frecuentación de la obra, régimen y evolución tarifaria, etc.<sup>894</sup>.

Ha sido una constante en la práctica de la utilización de esta figura contractual el sostener una interpretación de este principio siempre favorable al concesionario hasta conseguir incluso que el riesgo del contratista desapareciera en ocasiones. Con el fin de acabar con esta realidad, la Ley ha pretendido que las incidencias que alteren el equilibrio económico-financiero operen en beneficio tanto de la Administración<sup>895</sup> como

---

<sup>892</sup> Está recogido en el art. 245 del TRLCSP, en virtud del cual «Los concesionarios tendrán los siguientes derechos: b) El derecho al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión, en la forma y con la extensión prevista en el artículo 258»; lo cual se configura como uno de los derechos básicos del concesionario, y en el art. 258 del TRLCSP, que afirma: «El contrato de concesión de obras públicas deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario...».

<sup>893</sup> FUENTETAJA PASTOR, J.Á., «Riesgo y ventura en la concesión de obra pública»..., *op. cit.*, p. 186.

<sup>894</sup> SANZ GANDASEGUI, F., «El concepto de contrato de concesión...», *op. cit.*, p. 130.

<sup>895</sup> Los supuestos en los que la Administración debe restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponde, están enumerados en el apartado segundo del art. 258 y son:

1. El ejercicio del *ius variandi*, es decir, la modificación, por razones de interés público, por la Administración, de las condiciones de explotación de la obra. Estas modificaciones deben enmarcarse dentro de los requisitos establecidos con carácter general para todo tipo de contratos, inspiradas en los criterios que ofrece la jurisprudencia comunitaria: justificación por razones de interés público y causas imprevistas; imposibilidad de afectar las condiciones esenciales del contrato; consignación en el pliego y en el documento contractual de la posibilidad de modificar el contrato y de las condiciones en que puede producirse. Justificada la potestad de la Administración de modificar las condiciones de explotación de la obra, resulta en consecuencia la procedencia de compensar al concesionario por los cambios efectuados.
2. La fuerza mayor y el *factum principis*. La determinación de forma directa de la ruptura sustancial de la economía de la concesión por causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración. Ahora bien, para dar efectivamente lugar al derecho al reequilibrio económico del contrato debe producirse una incidencia directa de la actuación administrativa sobre el contrato, de forma que

de la sociedad concesionaria, de forma que, ante circunstancias sobrevenidas, la recuperación del equilibrio económico contractual recomponga el marco definido y pactado entre la Administración y el contratista<sup>896</sup>.

La norma guarda silencio sobre el procedimiento para hacer efectivo el restablecimiento, por lo que deberá aplicarse el procedimiento común de modificación. Éste podrá iniciarse tanto por la Administración concedente como por los concesionarios afectados y contra la decisión administrativa cabrá interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo.

#### **4.5. TRATAMIENTO CONTABLE DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS**

El carácter material, unido a la propia complejidad de los contratos de financiación y explotación de infraestructuras, han llevado a que la Oficina Estadística de la Unión Europea, *Eurostat*, explicara los criterios de aplicación de su decisión de 11 de febrero de 2004. En aplicación de la misma, deben distinguirse dos situaciones,

---

no vale cualquier actuación administrativa con una repercusión más o menos remota. Además, la trascendencia sobre el cumplimiento del contrato debe ser relevante, de forma que se produzca una alteración sustancial de los términos en que deben ser cumplidos.

3. Los supuestos previstos en el propio contrato, esto es, la producción de los supuestos establecidos en el contrato como causas o motivos para su revisión. A este respecto, señala el preámbulo de la Ley 13/2003, de Concesión de Obra Pública: *«En la línea anterior un incremento de la demanda de la utilización de la obra de carácter extraordinario, que fuera más allá de las previsiones del plan económico-financiero concesional, debe fundamentar los oportunos ajustes para evitar que el usuario, al que corresponde en última instancia la financiación total o parcial de la inversión realizada y el pago de la explotación de la obra, soporte un peaje o un canon desproporcionados, con quebranto manifiesto de la equidad (...). En su virtud se incorporan al propio contrato los términos de revisión del mismo por las variaciones que se produzcan en los rendimientos derivados de la utilización de la obra».*

<sup>896</sup> El apartado tercero del art. 258 aclara la forma en la que el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realiza, precisando que es mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Éstas pueden consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la reducción del plazo concesional, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Asimismo, en los casos en los que las causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración fueran las determinantes de la ruptura sustancial de la economía de la concesión, y siempre que la retribución proviniera en más de un 50 por ciento de tarifas abonadas por los usuarios, puede prorrogarse el plazo inicial de la concesión por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial. En ese caso, además, la Administración debe asegurar los rendimientos mínimos acordados en el contrato siempre que aquella no impidiera por completo la realización de las obras o la continuidad de su explotación.

teniendo en cuenta que las consecuencias de optar por una u otra opción son muy diferentes<sup>897</sup>.

La primera es aquella en la que el coste de la obra se financie íntegramente con cargo a tarifas pagadas por los usuarios (sea por el uso, sea por la explotación de los servicios comerciales). En este caso la obra no tiene que computarse en el balance de la Administración porque no tiene impacto ni en el déficit ni en el endeudamiento. Ello aunque pueda haber un compromiso o una obligación de la Administración, de hacerse con el bien al concluir el contrato (la cláusula reversional), siempre que lo sea de modo gratuito o a precio de mercado.

La segunda es aquella en la que el concesionario construye y explota el bien y, a cambio, recibe pagos de la Administración concesionaria, incluso cuando ésta presta los servicios fundamentales y el empresario se encarga de los complementarios y comerciales. En este caso, la valoración de la operación depende de quién asuma el riesgo derivado de la propiedad del bien y en qué grado. Si lo asume el concesionario, no se genera déficit a la Administración, siempre que los pagos no sean fijos ni estén garantizados *a priori*, de modo que el riesgo y ventura recaer sobre el empresario, mientras la Administración sólo paga por lo que efectivamente recibe en las condiciones convencionales. No hay pues cantidad que contabilizar como deuda. De lo contrario, si el riesgo lo asume la Administración, el importe de la obra debe computarse como deuda de la misma -incluirse en su balance-, puesto que genera déficit público.

El elemento, por tanto, que determina la inclinación de la balanza es el riesgo.

En cualquier caso, sí debe tenerse en consideración que las soluciones que no consolidan el importe de las inversiones en el déficit de las Administraciones no suponen la ausencia de gasto. El gasto existe en cualquier caso, ya que tanto el déficit como el gasto corriente se configuran en relación con los contratos públicos que tienen por objeto la realización de obras públicas, como dos caras de una misma moneda, la del gasto público. Lo que ocurre es que contablemente el gasto no computará como déficit, sino que se imputará, bien en una cuenta distinta a la de la Administración pública promotora de la infraestructura, o bien, dentro de las cuentas de una Administración pública, en partidas distintas a las que supongan necesidad de financiación y que no computan a efectos de déficit.

---

<sup>897</sup> VILLAR ROJAS, F.J., «La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales», *Revista de Administración Pública*, núm. 172, 2007, pp. 165-166.

Además, la utilización de las fórmulas que no conllevan la consolidación contable de las inversiones en las cuentas de las Administraciones públicas tiene sus consecuencias, de entre las que destacan esencialmente dos. De una parte, para el caso de que dicho importe haya de imputarse en la contabilidad de un ente distinto a la Administración pública promotora conviene advertir que, a la larga, suponen un mayor coste para los entes públicos. Los capitales invertidos por el sector privado exigen una contraprestación en forma de beneficio empresarial, y el importe que éste represente debe adicionarse al coste material de ejecución de las obras, encareciéndose de este modo la provisión de la obra, en relación con el coste que supone su ejecución conforme a algunos de los métodos tradicionales<sup>898</sup>. De otra parte, y más grave que la anterior, debe prevenirse sobre el riesgo de colapso de la balanza de pagos de la Administración para el caso de contabilizar las inversiones en partidas que no se toman en consideración para calcular el déficit, por no tener la consideración de necesidades de inversión, tal y como sucede en el caso de los gastos corrientes. Si se excede en la utilización de esta técnica contable, la ausencia de déficit contrastará con los compromisos de pago, adquiridos, *pro futuro*, generando una situación de colapso en la balanza de pagos, inasumible a medio y largo plazo<sup>899</sup>.

#### 4.6. ACTUACIONES PREPARATORIAS DEL CONTRATO

La concesión de obra pública se configura como un contrato de especial dificultad técnica y en ocasiones de enorme complejidad, lo que exige un conjunto de actuaciones preparatorias todas ellas tendentes a conseguir el acierto de la concesión.

##### 4.6.1. Estudio de viabilidad

Las actuaciones previas<sup>900</sup> están orientadas a la identificación de la prestación material del contrato y a la selección de un gestor, capaz de financiarla<sup>901</sup>.

Por ello, el TRLCSP exige la elaboración y aprobación de un estudio de viabilidad, que permita poner de manifiesto si la prestación objeto del contrato, su financiación y explotación resultan viables<sup>902</sup>.

---

<sup>898</sup> BERNAL BLAY, M.Á., *El contrato de concesión de obras públicas...*, *op. cit.*, p. 312.

<sup>899</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., en su trabajo «Contrato de colaboración público-privada», *Revista de Administración...*, *op. cit.*, p. 55.

<sup>900</sup> FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M., *Contratación pública*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 2001, p. 460.

<sup>901</sup> GARCÍA ALCORTA, J., «Actuaciones preparatorias del contrato de concesión de obras públicas», MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., (dir.), *Comentarios a la Ley 13/2003, de 23 de mayo, de Concesión de Obras Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 162.



El estudio de la viabilidad representa el primer paso hacia la ejecución del contrato<sup>903</sup>. Realizado este trámite, el órgano correspondiente de la Administración concedente procederá a elaborar y tramitar el estudio de viabilidad. Este órgano deberá someter dicho estudio a información pública en el plazo de un mes, prorrogable por idéntico plazo, en razón de la complejidad del mismo. Los ciudadanos podrán conocer, en este trámite, las alternativas estudiadas e, incluso, poner de manifiesto a la Administración otras distintas no asumidas en el estudio de viabilidad.

El trámite de información pública permite poner de manifiesto cuáles son las características generales de la obra que se prevé realizar, así como la oportunidad de llevarla a cabo. Además, sirve para cumplimentar el concerniente al estudio de impacto ambiental, en los casos en que la declaración de impacto resulte preceptiva. Del estudio de viabilidad ha de darse traslado para informe a los órganos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y Entidades locales afectadas cuando la obra no figure en el correspondiente planeamiento urbanístico, que deberán emitirlo en el plazo de un mes.

---

<sup>902</sup> Su contenido viene determinado en el art. 128 del TRLCSP, en virtud del cual, debe contener, al menos, los datos, análisis, informes o estudios que procedan sobre los puntos siguientes:

- «a) Finalidad y justificación de la obra, así como definición de sus características esenciales.*
- b) Previsiones sobre la demanda de uso e incidencia económica y social de la obra en su área de influencia y sobre la rentabilidad de la concesión<sup>902</sup>.*
- c) Valoración de los datos e informes existentes que hagan referencia al planeamiento sectorial, territorial o urbanístico.*
- d) Estudio de impacto ambiental cuando éste sea preceptivo de acuerdo con la legislación vigente. En los restantes casos, un análisis ambiental de las alternativas y las correspondientes medidas correctoras y protectoras necesarias.*
- e) Justificación de la solución elegida, indicando, entre las alternativas consideradas si se tratara de infraestructuras viarias o lineales, las características de su trazado.*
- f) Riesgos operativos y tecnológicos en la construcción y explotación de la obra.*
- g) Coste de la inversión a realizar, así como el sistema de financiación propuesto para la construcción de la obra con la justificación, asimismo, de la procedencia de ésta.*
- h) Estudio de seguridad y salud o, en su caso, estudio básico de seguridad y salud, en los términos previstos en las disposiciones mínimas de seguridad y salud en obras de construcción».*

<sup>903</sup> El art. 128.6 del TRLCSP autoriza a la Administración concedente para acordar motivadamente la sustitución del estudio de viabilidad a que se refieren los apartados anteriores por un estudio de viabilidad económico-financiera cuando por la naturaleza y finalidad de la obra o por la cuantía de la inversión requerida considerara que este documento es suficiente. En estos supuestos la Administración elaborará además, antes de licitar la concesión, el correspondiente anteproyecto o proyecto de obra y de explotación de la concesión.

#### **4.6.2. Anteproyecto de construcción y explotación de la obra**

Con carácter potestativo o discrecional en función de la complejidad de la obra y del grado de definición de sus características, el art. 129 del TRLCSP prevé que la Administración concedente, una vez aprobado el estudio de viabilidad, pueda acordar la redacción del anteproyecto de construcción y explotación de la obra<sup>904</sup>. Al igual que el estudio de viabilidad, ha de someterse a información pública durante el plazo de un mes, prorrogable por idéntico plazo, para que puedan formularse observaciones, así como cualquier circunstancia referente a su declaración de utilidad pública. También sirve para cumplimentar el trámite concerniente al estudio de impacto ambiental.

#### **4.6.3. Proyecto de obra**

El art. 130 del TRLCSP afirma que en el supuesto de que las obras sean definidas en todas sus características por la Administración concedente, se procederá a la redacción, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto de obra, de acuerdo con lo dispuesto en los correspondientes artículos de esta Ley y al reconocimiento de la utilidad pública de la obra a los efectos previstos en la legislación de expropiación forzosa.

#### **4.6.4. Convocatoria de licitación**

A la concesión de obra pública ha de preceder la tramitación de un expediente de contratación, que ha de aprobarse por el órgano de contratación mediante resolución motivada. La misma resolución mediante la que se aprueba el expediente de contratación sirve, simultáneamente, para acordar la apertura del procedimiento de adjudicación. El plazo de presentación de proposiciones en los contratos de concesión de obra pública es como mínimo de veintiséis días.

---

<sup>904</sup> El contenido mínimo que ha de tener es: «a) Una memoria en la que se expondrán las necesidades a satisfacer, los factores sociales, técnicos, económicos, medioambientales y administrativos considerados para atender el objetivo fijado y la justificación de la solución que se propone. La memoria se acompañará de los datos y cálculos básicos correspondientes. b) Los planos de situación, generales y de conjunto necesarios para la definición de la obra. c) Un presupuesto que comprenda los gastos de ejecución de la obra, incluido el coste de las expropiaciones que hubiese que llevar a cabo, partiendo de las correspondientes mediciones aproximadas y valoraciones. Para el cálculo del coste de las expropiaciones se tendrá en cuenta el sistema legal de valoraciones vigente. d) Un estudio relativo al régimen de utilización y explotación de la obra, con indicación de su forma de financiación y del régimen tarifario que regirá en la concesión, incluyendo, en su caso, la incidencia o contribución en éstas de los rendimientos que pudieran corresponder a la zona de explotación comercial».

## 4.7. RÉGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO DE LA CONCESIÓN

### 4.7.1. Consideraciones generales

El régimen económico-financiero de la concesión de obra pública es un elemento central de la regulación<sup>905</sup> y así debe considerarse, si se quiere que la figura resulte útil para la construcción de infraestructuras, en la medida en que constituye la contraprestación que el empresario recibirá por la inversión realizada<sup>906</sup>.

El establecimiento del sistema de financiación de la obra y la retribución del concesionario, dentro de los márgenes legales, se deja a la elección de la Administración concedente, previa justificación adecuada, en el expediente correspondiente. Ciertamente, se debe justificar oportunamente en el expediente el sistema elegido, en función de la racionalización en la inversión de los recursos económicos, la naturaleza de las obras y la significación de éstas para el interés público, con respeto siempre a los objetivos de estabilidad presupuestaria.

Se ha querido adoptar un sistema abierto, flexible que perdure en el tiempo para permitir a la Administración adaptar la financiación a las circunstancias concretas de la obra y de la situación económica de cada momento.

A su vez, debe facilitar a quienes asumen la obligación de financiación su obtención. A tal fin responden los diversos instrumentos tradicionalmente carentes de un soporte legal suficientemente preciso y claro. Es lógico que si se pretende que el contratista o concesionario soporte, al menos inicialmente, los costes de construcción, conservación o explotación de las obras, se le facilite atraer dinero para su financiación mediante el establecimiento de mecanismos que otorguen seguridad y certidumbre en el

---

<sup>905</sup> El art. 255, apartado 1, establece: «El concesionario tendrá derecho a percibir de los usuarios o de la Administración una retribución por la utilización de la obra en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares y de conformidad con lo establecido en este artículo».

<sup>906</sup> Uno de los objetivos fundamentales de las regulaciones del contrato de concesión de obras públicas, tanto de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, como del TRLCSP, consiste en dar respuesta a la necesidad de dar concurso a los capitales privados en la financiación de las infraestructuras públicas, ante la insuficiencia de la financiación pública destinada a esta finalidad.

mercado<sup>907</sup>. En todo caso, cualquiera que sea la fuente de la retribución, no debe eliminar el riesgo concesional<sup>908</sup>.

### **6.7.2 Financiación de la concesión**

Dado que el contrato de concesión se diseñó para atraer la inversión privada en la financiación de obras públicas, las normas contemplan varias formas de financiación, y establecen diversas medidas a favor de los terceros que han financiado al concesionario.

Para comenzar, debe precisarse que la regla general será el recurso a la financiación privada, pudiéndose acudir a la financiación pública cuando se den los supuestos recogidos en el art. 253.2, esto es, únicamente *«Cuando existan razones de rentabilidad económica o social, o concurren singulares exigencias derivadas del fin público o interés general de la obra objeto de concesión, la Administración podrá también aportar recursos públicos para su financiación, que adoptará la forma de financiación conjunta de la obra, mediante subvenciones o préstamos reintegrables, con o sin interés, de acuerdo con lo establecido en el artículo 240 y en esta sección, y de conformidad con las previsiones del correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, debiendo respetarse en todo caso el principio de asunción de riesgo por el concesionario»*.

Conviene, por tanto, analizar cada uno de los modos separadamente.

#### **A) Financiación pública**

Como se ha indicado, el art. 253 del TRLCSP, en su apartado segundo, es el que prevé los motivos por los cuales se puede acudir a la financiación pública y contempla,

---

<sup>907</sup> GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., «Notas sobre la financiación de la obra pública mediante el otorgamiento de concesiones de dominio público»..., *op. cit.*, p. 238.

<sup>908</sup> Así lo contempla el art. 253.1 del TRLCSP cuando dispone que: *«Las obras públicas objeto de concesión serán financiadas, total o parcialmente, por el concesionario que, en todo caso, asumirá el riesgo en función de la inversión realizada»*. Y, sobre todo, no debe olvidarse que la obra responde a una finalidad pública y deben ser los intereses públicos los que prevalezcan a la hora de determinar la elección del sistema de financiación más adecuado para su establecimiento. Indica RUIZ OJEDA, A., «Análisis jurídico del futuro marco regulador de la concesión de obras públicas. Algunas propuestas para el sector de carreteras», en *Jornadas sobre contratación, construcción y explotación de carreteras en España*, Asociación Española de la Carretera, Palma de Mallorca, 2002, p. 91, *«La concesión, sencillamente, proporciona un cauce institucional para que la financiación privada de infraestructuras lo sea en sentido pleno y completo y, por tanto, no consiste simplemente en que el sector privado adelante unos fondos que luego serán repuestos por la Administración con el pago de intereses, sino en que los recursos aportados carezcan de contraprestación real por parte de la Administración concedente»*.

por un lado, las razones de rentabilidad económica o social que justifiquen el establecimiento de la infraestructura pública, como en el caso del transporte, y, por otro, la necesidad de atender a una finalidad pública concreta, como el abastecimiento de agua a una población<sup>909</sup>.

La forma que puede revestir esta financiación pública se limita a los mecanismos previstos en la propia Ley y concretados en cada pliego de cláusulas administrativas particulares respecto a cada concesión concreta.

En cualquier caso, su otorgamiento está sometido, en el caso de las obras públicas de titularidad estatal, al control del Ministerio de Hacienda, tal y como establece la Disposición Adicional séptima de la Ley 13/2003, de 23 de diciembre, de Medidas Económicas, Fiscales y Administrativas: «*Cuando en la financiación de un contrato se prevea cualquier forma de ayuda o aportación estatal, o en la modificación de los referidos contratos*».

El régimen se completa con lo previsto en el apartado tercero del art. 253, que dispone que «*La construcción de la obra pública objeto de concesión podrá asimismo ser financiada con aportaciones de otras Administraciones Públicas distintas a la concedente, en los términos que se contengan en el correspondiente convenio, y con la financiación que pueda provenir de otros organismos nacionales o internacionales*». Por tanto, son dos las fuentes que pueden enriquecer la financiación pública de la concedente: la de otras Administraciones públicas y la de otros organismos nacionales o internacionales.

El resto de apartados de la sección desarrolla detalladamente las aportaciones públicas<sup>910</sup>.

---

<sup>909</sup> MARTÍN HUERTA, P., «Régimen económico de la concesión y equilibrio económico del contrato», MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.), *Instrumentos españoles de colaboración público-privada...*, op. cit., p. 242.

<sup>910</sup> En primer lugar, el art. 254 regula concretamente las aportaciones públicas a la construcción de la obra, abordando los distintos momentos temporales de su realización y su forma de fijación (en el propio pliego o por los licitadores en las ofertas), en el apartado primero, y el régimen de las aportaciones no dinerarias, en el apartado segundo. «*1. Las Administraciones Públicas podrán contribuir a la financiación de la obra mediante aportaciones que serán realizadas durante la fase de ejecución de las obras, tal como dispone el artículo 240 de esta Ley, una vez concluidas éstas o al término de la concesión, y cuyo importe será fijado en los pliegos de condiciones correspondientes o por los licitadores en sus ofertas cuando así se establezca en dichos pliegos. En los dos últimos supuestos, resultará de aplicación la normativa sobre contratos de obra bajo la modalidad de abono total, salvo en la posibilidad de fraccionar el abono. 2. Las aportaciones públicas a que se refiere el apartado anterior podrán consistir en aportaciones no dinerarias del órgano de contratación o de cualquier otra*

Respecto a la primera cuestión, se precisa que son tres los momentos de realización de estas aportaciones: durante la fase de ejecución de las obras, una vez concluidas éstas o al término de la concesión. La primera de ellas se especifica en el art. 240 de la norma y puede adoptar dos modalidades: la ejecución por la Administración o su financiación parcial<sup>911</sup>. Como especifica el art. 256, la fijación del importe de la financiación pública puede realizarse en el propio pliego de condiciones correspondiente o por los licitadores en sus ofertas. El apartado segundo de este artículo reproduce lo que ya afirmaban los arts. 245.2 del TRLCAP y 237.2 de la LCSP, al permitir que las aportaciones públicas puedan realizarse también en especie, sin perjuicio de que se efectúe una valoración de las mismas en el pliego para ser tenida en cuenta en el plan económico-financiero de la concesión y para un control de su otorgamiento. En cualquier caso, respecto a los bienes inmuebles se prevé la cautela de que no pasen a integrarse en el patrimonio privado del concesionario, sino *en el patrimonio afecto a la concesión, destinándose al uso previsto en el proyecto de la obra*. Quiere decirse que la aportación en especie no puede consistir en un inmueble cualquiera que enriquezca el activo de la sociedad concesionaria, sino que debe guardar relación con el proyecto de obra objeto de concesión a los efectos de su integración en el régimen económico de su explotación.

### **B) Retribución por la utilización de la obra**

El art. 255 del TRLCSP permite que el concesionario sea retribuido directamente mediante el precio que abone el usuario o por la propia Administración por la utilización de la obra. Esta mención genérica obliga a estar a lo que establezca el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares.

En todo caso, el apartado sexto de este art. 255, respecto a los diferentes tipos de retribución, establece la obligación general del concesionario de *«separar*

---

*Administración con la que exista convenio al efecto, de acuerdo con la valoración de las mismas que se contenga en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Los bienes inmuebles que se entreguen al concesionario se integrarán en el patrimonio afecto a la concesión, destinándose al uso previsto en el proyecto de la obra, y revertirán a la Administración en el momento de su extinción, debiendo respetarse, en todo caso, lo dispuesto en los planes de ordenación urbanística o sectorial que les afecten».*

<sup>911</sup> Para la ejecución por la Administración, la parte de obra que se ejecute debe presentar características propias que permitan su tratamiento diferenciado, es decir, reunir las condiciones necesarias para su contratación independiente por la Administración concesionaria con el fin de, una vez recibida de conformidad, pueda ser objeto de entrega al concesionario para su integración en la concesión. Para la segunda, se añaden dos momentos adicionales, durante la ejecución de las obras o una vez que aquéllas hayan concluido. En concreto, indica el apartado segundo de este artículo: *«La ayuda de la Administración en la construcción de la obra podrá consistir en la ejecución por su cuenta de parte de la misma o en su financiación parcial (...)».*

*contablemente los ingresos provenientes de las aportaciones públicas y aquellos otros procedentes de las tarifas abonadas por los usuarios de la obra y, en su caso, los procedentes de la explotación de la zona comercial*». Esto tiene sentido porque uno de los supuestos en que ha de procederse al mantenimiento del equilibrio económico del contrato se da cuando los rendimientos de la demanda de utilización de la obra y de los beneficios derivados de la explotación de la zona comercial no alcancen o no superen los niveles mínimo y máximo que se consideren en el contrato.

La forma habitual de retribución del concesionario son las tarifas a abonar por los usuarios, por la utilización de la obra<sup>912</sup>. Dichas tarifas dan lugar a la cuantificación del correspondiente peaje, término utilizado coloquialmente para referirnos a esta forma de remuneración.

El TRLCSP se limita a regular en los apartados 2 y 3 del art. 255 los aspectos relativos a la fijación y revisión de las tarifas. En su virtud, *«Las tarifas que abonen los usuarios por la utilización de las obras públicas serán fijadas por el órgano de contratación en el acuerdo de adjudicación*. Lógicamente, habrá que tener en cuenta lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y las proposiciones de los licitadores. El mismo artículo prevé: *«Las tarifas tendrán el carácter de máximas y los concesionarios podrán aplicar tarifas inferiores cuando así lo estimen conveniente»*<sup>913</sup>. Se incorpora expresamente esta posibilidad reconocida en el contrato de gestión de servicios públicos. En cualquier caso, las tarifas máximas no han de ser necesariamente uniformes ni para todos los usuarios ni para todos los momentos de

---

<sup>912</sup> GÓMEZ-FERRER MORANT, R., «En torno a la Ley de Autopistas de peaje», *Revista de Administración Pública*, núm. 68, 1972, p. 340, *«La compensación que recibe el concesionario por la realización de las obras de construcción -y conservación- de la autopista está constituido sustancialmente por el peaje que recibe de los usuarios por la utilización de las instalaciones viarias, peaje que se calcula por aplicación de la tarifa o módulo fijado en el contrato concesional»*.

<sup>913</sup> GÓMEZ-FERRER MORANT, R., «El régimen económico del contrato de concesión de obra pública», GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones...*, op. cit., p. 1272, explica que la pregunta que inmediatamente surge es la de qué interés puede tener el concesionario en aplicar tarifas inferiores a las máximas que son administrativamente establecidas. *«Intuitivamente parece que no tiene mucho sentido porque, en principio, cuanto más alta sea la tarifa mayores serán también los ingresos del concesionario. Sin embargo, esto no es así. Debe tenerse en cuenta que los ingresos del concesionario dependen de dos variables: el precio y la cantidad. Si el concesionario reduce voluntariamente la tarifa por debajo de la tarifa máxima está reduciendo una de esas variables, pero asimismo está incrementando la otra, porque a menor precio lo normal es que se incremente la utilización de la obra. El resultado final de ambos movimientos es incierto y dependerá de la elasticidad de la demanda ante variaciones en el precio»*. Sin embargo, resulta interesante observar cómo no son desconocidas las autopistas de peaje en las que el concesionario fija los peajes atendiendo al criterio de maximizar su rentabilidad.

utilización de la obra. La norma permite establecer distintos grupos tarifarios atendiendo a las características de los usuarios y al nivel de demanda en diferentes franjas horarias.

En cuanto al procedimiento de revisión de tarifas, el art. 255.3 del TRLCSP remite al procedimiento de revisión que determine el pliego de cláusulas administrativas particulares. El apartado cuarto dispone que la retribución por la utilización de la obra sea abonada por la Administración, teniendo en cuenta su utilización y en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares<sup>914</sup>. Estamos aquí ante la conocida figura del peaje en sombra o canon de demanda, en virtud de la cual no es el usuario el que satisface la tarifa al concesionario, sino que será la Administración la que abone dicha retribución. En nuestro ordenamiento es perfectamente aplicable a los contratos de concesión de obras, ya que aunque el pago provenga de la Administración es compatible con el principio de asunción del riesgo, pues la remuneración va a depender de la utilización que hagan los usuarios de la obra.

El problema se plantea porque los usuarios utilizarán mucho más la obra pública, si no tienen que abonar una tarifa, que en caso contrario. En estas condiciones, los ingresos que el concesionario percibe de la Administración parecen multiplicarse. Por ello, ha sido normal incluir en los pliegos un límite máximo a los ingresos del concesionario. A su vez, esto plantea el problema que existe un momento a partir del cual al concesionario no le interesa que la obra sea utilizada, porque se incrementan sus costes de mantenimiento sin que se incrementen sus ingresos.

Finalmente, el sistema de retribución se completa con los ingresos derivados de la explotación de la zona comercial, cuando ésta exista, en los términos previstos en el pliego de cláusulas administrativas particulares, (art. 238.5 del TRLCSP)<sup>915</sup>. No obstante, debe quedar claro que esta forma de financiación es adicional respecto a las

---

<sup>914</sup> GARCÉS SANAGUSTÍN, «Régimen jurídico de la financiación de infraestructuras públicas», PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.), *Derecho de los bienes públicos*, vol. IV, ..., *op. cit.*, pp. 360-361, se refieren a estos casos con la denominación «peaje en la sombra», afirmando que en ellos el concesionario no es retribuido con las tarifas de los usuarios, sino que la remuneración corre a cargo de la Administración. Esto se diferencia del «peaje blando», que es una modalidad híbrida, en la cual la tarifa satisfecha por los usuarios no cubre la totalidad de la obra y su explotación, de modo que la Administración cubre la diferencia de financiación.

<sup>915</sup> El TRLCSP dedica el art. 248 a las zonas complementarias de explotación comercial. Se establece que el contrato concesional, puede verse completado en su objeto con la ejecución de superficies necesarias o convenientes para la prestación de actividades de naturaleza comercial o industrial, que siendo susceptibles de un aprovechamiento diferenciado del de la obra pública, la complementen por la utilidad que representan para los usuarios o servicios públicos.



fuentes de financiación principales correspondientes a la explotación de la obra, y en particular respecto a las tarifas.

### ***C) Aportaciones a la explotación de la obra***

Junto a las anteriores aportaciones públicas, el art. 256 del TRLCSP permite el otorgamiento de diversas aportaciones con el fin de garantizar la viabilidad económica de la explotación de la obra. Por ello, si bien la retribución inicial por la utilización de la obra es a cuenta de los usuarios, las Administraciones pueden otorgar al concesionario las siguientes aportaciones a fin de garantizar la viabilidad económica de la explotación. Se pretende así favorecer la introducción de indicadores o mecanismos tendentes a valorar la calidad del uso del bien y de los servicios que se ofrecerán a los usuarios, que se tendrán en cuenta a la hora de aplicar ventajas o penalizaciones económicas. Se entiende que esta introducción será beneficiosa al ocasionar una mayor preocupación de los concesionarios por mantener una adecuada prestación de servicios y por la conservación de infraestructuras durante el tiempo de vigencia de la concesión. En definitiva, se consigue potenciar el empleo de criterios de mercado en la valoración de las ofertas, lo que incidirá en una mejora de la calidad de los proyectos que se presenten en el procedimiento de selección y que se compadecen con el respeto a las finalidades públicas siempre presentes en los contratos administrativos<sup>916</sup>.

### ***D) Financiación privada***

Como se ha señalado, en el TRLCSP, el art. 253 sostiene que las obras públicas objeto de concesión podrán ser financiadas, total o parcialmente, por el concesionario que, en todo caso, asumirá el riesgo en función de la inversión realizada. La financiación pública tiene así una función complementaria a la financiación privada, entendiéndose por esta última la participación del capital privado en la construcción de las infraestructuras, mediante técnicas de naturaleza eminentemente financiera.

---

<sup>916</sup> Estas aportaciones vienen especificadas en el propio art. 256.

1. *Subvenciones, anticipos, reintegrables, préstamos participativos, subordinados o de otra naturaleza, aprobados por el órgano de contratación para ser aportados desde el inicio de la explotación de la obra o en el transcurso de la misma cuando se prevea que vayan a resultar necesarios para garantizar la viabilidad económico-financiera de la concesión.*
2. *Ayudas en los casos excepcionales en que, por razones de interés público, resulte aconsejable la promoción de la utilización de la obra pública antes de que su explotación alcance el umbral mínimo de rentabilidad.*

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., *Ejecución y financiación de obras públicas: estudio de la obra pública...*, op. cit., p. 419.

Los arts. 259 a 265 del TRLCSP abordan la financiación privada. Como medios de esta financiación se recogen la emisión de obligaciones y otros títulos; la incorporación a títulos negociables de los derechos de crédito del concesionario; la hipoteca de la concesión y los créditos participativos, a los que hay que añadir la contratación de préstamos o créditos con entidades de crédito de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente.

En todos ellos se prevén controles administrativos que tienden a vigilar la situación financiera del concesionario en la medida en que la viabilidad de la concesión afecta al interés público.

#### ***D) 1. Emisión de títulos y obligaciones por el concesionario***

La primera subsección dentro de la financiación privada, que lleva por rúbrica «*Emisión de títulos por el concesionario*», está compuesta por los arts. 259 y 260 del TRLCSP.

El primero de ellos permite al concesionario apelar al crédito en el mercado de capitales, tanto exterior como interior, mediante la emisión de toda clase de obligaciones, bonos u otros títulos semejantes. Por su parte, el segundo contiene la posibilidad de emitir valores que representen una participación en uno o varios de los derechos de crédito a favor del concesionario. Debe, por tanto, distinguirse entre cada uno de estos dos supuestos, comenzando pues por el primero. Al igual que hacía el art. 253 del TRLCAP, el art. 259 del TRLCSP, habilita al concesionario a apelar al crédito en el mercado de capitales, tanto exterior como interior, mediante la emisión de toda clase de obligaciones, bonos u otros títulos semejantes admitidos en Derecho; aunque no cuando el plazo de reembolso total o parcial finalice en fecha posterior al término de la concesión<sup>917</sup>. De esta manera, la amplitud general apuntada en un primer momento parece limitarse a continuación, ya que es preciso concertar los intereses públicos con los privados. Asimismo, el apartado cuarto obliga a que esta emisión de bonos, obligaciones u otros títulos sea comunicada al órgano de contratación en el plazo máximo de un mes desde la fecha en que cada emisión se realizara, por entenderse que tal obligación legal de comunicación es la mejor manera de efectuar un seguimiento de la situación financiera del concesionario. No puede decirse que sea un control administrativo demasiado fuerte, pues con ella lo que se busca es que el órgano de

---

<sup>917</sup> DEL GUAYO CASTIELLA, Í., *Contratos del sector público y concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 144 y ss.

contratación conozca en todo momento las particularidades que rodean cada concesión. En modo alguno este acto es equiparable a la autorización administrativa.

El apartado tercero de este artículo afirma que las emisiones de obligaciones pueden contar con el aval del Estado y de sus organismos públicos, otorgadas con arreglo a las prescripciones de la normativa presupuestaria.

Otro ejemplo que evidencia la intención del legislador de adaptar la regulación del contrato a la realidad que informa la ejecución de la mayor parte de las obras públicas, se encuentra en el último apartado del art. 259. Con el objetivo de favorecer el acceso al crédito por parte de los concesionarios de obras públicas, el apartado sexto permite: *«Si la emisión ha sido objeto de registro antes la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el riesgo financiero correspondiente a los valores ha sido evaluado positivamente por una entidad calificadora reconocida por dicha entidad supervisora, no será de aplicación el límite del importe previsto en el artículo 405 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y en el párrafo segundo del artículo 1 de la Ley 211/1964, de 24 de diciembre, sobre regulación de la emisión de obligaciones por sociedades que no hayan adoptado la forma de anónimas, asociaciones u otras personas jurídicas y la constitución del sindicato de obligacionistas».*

En síntesis, estos artículos prohíben que las sociedades puedan emitir series numeradas de obligaciones u otros valores que reconozcan o creen una deuda, por importe superior al capital social desembolsado, más las reservas que figuren en el último balance aprobado y las cuentas de regularización y actualización de balances, cuando hayan sido aceptadas por el Ministerio de Economía y Hacienda.

#### ***D) 2. Incorporación a títulos negociables de los derechos de crédito del concesionario***

El art. 260 del TRLCSP *«Incorporación a títulos negociables de los derechos de crédito del concesionario»*, precisa que pueden emitirse valores que representen una participación en uno o varios de los derechos de crédito a favor del concesionario consistentes en el derecho al cobro de las tarifas, los ingresos que pueda obtener por la explotación de los elementos comerciales relacionados con la concesión, así como los que correspondan a las aportaciones que, en su caso, deba realizar la Administración<sup>918</sup>.

---

<sup>918</sup> Esta técnica encuentra su origen en Estados Unidos, que en la década de 1970 comienza a emplearla como mecanismo para movilizar créditos en el sistema financiero. De ahí se exportó a Reino Unido en la

La cesión de estos derechos se formaliza en escritura pública que, en el supuesto en que se refiera a aportaciones a efectuar por la Administración, se debe notificar al órgano contratante. Además, indica que los valores negociables se representan en títulos o anotaciones en cuenta, pueden realizarse una o varias emisiones y afectar derechos de crédito previstos para uno o varios ejercicios económicos distintos.

El precepto nos sitúa así ante la titulización<sup>919</sup>, una forma de cesión del crédito para la obtención de financiación por el concesionario, cuya regulación nació alrededor del contrato de concesión. Aplicada a esta figura, consiste en que la entidad que precisa la financiación cede los derechos de crédito que la explotación de la obra le confiere, o en general, cualquier tipo de activo, presente o futuro, que pueda generar flujos de caja de algún modo cuantificables, a un fondo de titulización -entidad especializada-, que los adquiere y emite títulos o valores negociables que son suscritos por inversores, el público en general o inversores especializados<sup>920</sup>. Los ingresos que de esta forma obtiene le permiten sufragar costes del contrato como la ejecución de las obras o la cancelación de deudas contraídas con las entidades financieras. A su vez, los créditos cedidos constituyen la garantía de pago de los títulos emitidos, por lo que sólo son aptos para ser titulizados aquellos créditos que ofrezcan un nivel de seguridad suficiente en cuanto a sus posibilidades de cobro. La principal ventaja que aporta este modelo con

---

década de 1980 y a otros países especialmente a partir de 1990. ALMOGUERA GÓMEZ, Á., *La titulización crediticia (un estudio interdisciplinar)*, Civitas, Madrid, 1995, p. 31. PAYÁ PUJADÓ, A., *Régimen legal de la titulización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 33 y ss. Este último afirma que diversos factores son los que han motivado la espectacular expansión de esta innovación financiera en los Estados Unidos. «En primer lugar, la existencia de diversas condiciones de mercado han desempeñado un papel importante en el crecimiento de la titulización. Segundo, la existencia de grandes volúmenes de deuda de particulares con elevados tipos de interés ha proporcionado un importante volumen de activos titulizables. Tercero, la extendida utilización de hipotecas a tipos de interés fijos en los Estados Unidos con elevados riesgos de desequilibrios entre los activos y pasivos de las entidades de crédito norteamericanas presionó a éstas para que titulizaran sus carteras de préstamos, especialmente en momentos de alta volatilidad. Cuarto, el apoyo directo e indirecto prestado por las agencias gubernamentales fue crucial para el desarrollo de la titulización en los Estados Unidos. Todos estos factores estuvieron ausentes en el contexto europeo. Además, los regímenes legales de la mayor parte de países europeos no reaccionaron, hasta recientemente, para facilitar la titulización».

<sup>919</sup> La voz titulización tiene su origen en la denominación norteamericana *securitization*, de la que viene a ser prácticamente traducción literal. La idea que se esconde detrás del término es la conversión o transformación en *securities* (valores negociables).

<sup>920</sup> CORTÉS GARCÍA, F.J., GARCÍA MORENO, F.J. y SOLER ESCOBOSA, D., *Titulización de activos. Oportunidad de la titulización ante la nueva economía*, Caja Rural de Almería, Almería, 2000, p. 13. Es porque la obra pública descansa, básicamente, en la percepción de unas tarifas o flujos de cajas valorables y, *a priori*, recurrentes que resulta especialmente interesante recurrir a este sistema para conseguir financiación en orden a ejecutar infraestructuras públicas.

relación a las fórmulas tradicionales es que permite obtener financiación<sup>921</sup> y, a la vez, transferir el riesgo de los derechos de cobro<sup>922</sup>.

Debe señalarse que con la reaparición del contrato de concesión de obras públicas en nuestro ordenamiento jurídico, a partir de 1995, es cuando se consolida la posibilidad de ceder créditos futuros mediante la titulización, pues en el marco de la concesión, era necesario permitir una cesión global de créditos tanto actuales como futuros. Hasta el 15 de mayo de 1998, el único proceso de titulización de activos no hipotecarios realizado en España fue el de los activos resultantes de la moratoria nuclear, para la que como legislación específica de aplicación sólo se dispuso de la Disposición adicional octava de la Ley 40/1994 y de la Disposición adicional segunda del Real Decreto 2202/1995, de 28 de diciembre, por el que se dictan determinadas normas en desarrollo de la Ley 40/1994.

Ha sido el Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, por el que se regulan los fondos de titulización de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulización, el que, con su regulación más abierta y detallada, ha permitido procesos de titulización con un alcance de mayor amplitud<sup>923</sup>.

En esta línea, el art. 100 del TRLCAP significó un paso trascendente hacia la admisibilidad de la titulización y con ella de la cesión de créditos futuros<sup>924</sup>; cuestión

---

<sup>921</sup> Lo que no quiere decir que no existan aspectos negativos. Precisa HERNÁNDEZ GARCÍA, A., «La titulización de activos: aspectos económico-financieros», *Información Comercial Española*, núm. 742, 1995, pp. 8-10, que en la medida en que la titulización representa un mecanismo de financiación al margen del circuito bancario tradicional, se ha afirmado que puede conducir a una reducción del control de riesgos. Ello se debería a la reducción de la participación de entidades sujetas a normativa prudencial y a que el volumen de las operaciones sujetas a exigencias de recursos propios también se vería reducido.

<sup>922</sup> ANEGÓN BLANCO, F. y MATÉ SANZ, D., «Titulización de los derechos de uso de las infraestructuras», *Revista de Obras Públicas*, núm. 3425, 2002, pp. 107 y 111. Esta técnica permite distribuir el flujo de caja del proyecto construyendo tramos de riesgo crediticio separado, con riesgos, remuneraciones y plazos diferentes. De esta manera se ofertan los títulos que se emitan adaptados a inversores con perfiles de riesgo distintos. También en este sentido ALMOGUERA GÓMEZ, A., *La titulización crediticia (un estudio interdisciplinar)...*, op. cit., p. 240, señala que con la titulización se reducen los costes de la financiación bancaria tradicional y se asignan de una manera más eficiente y con mayor control la transmisión de riesgos.

<sup>923</sup> Este Real Decreto definía los Fondos de Titulización de Activos como patrimonios sin personalidad jurídica, y separados. Su activo estaba formado por los activos financieros y otros derechos que lo agrupen y su pasivo lo constituyen los valores de renta fija emitidos por el fondo y por cualquier otro u otros instrumentos de financiación, como son los préstamos concedidos por entidades de crédito, siempre y cuando el importe de estos no supere el 50 por ciento del total del pasivo, aunque por circunstancias excepcionales pudiese autorizarse un porcentaje menor.

<sup>924</sup> El art. 100 del TRLCAP, que llevaba por rúbrica «Transmisión de los derechos de cobro», afirmaba, en su apartado primero, que «Los contratistas que, conforme al artículo anterior, tengan derecho de

que aconteció en el año 2003 con la Ley núm. 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, en virtud del número 5 de su artículo único.

Esta norma, ampliando la admisión a los créditos titulizables no ya sólo de la concesión de autopistas, sino de las demás infraestructuras públicas donde pudiese interesar para su mejor financiación, introdujo el segundo precepto de la Sección 1ª del Capítulo IV del nuevo Título V de la LCAP, que llevaba por rúbrica «*La incorporación a títulos negociables de los derechos de crédito del concesionario*».

Actualmente, es el art. 260 del TRLCSP, como se ha indicado, el que con la misma rúbrica trata la cuestión.

El precepto trata varias cuestiones de interés. Así, el párrafo cuarto del primer apartado afirma que de la suscripción y tenencia de estos valores que no esté limitada a los inversores institucionales o profesionales, se dejará nota marginal en la inscripción registral de la inscripción correspondiente. Asimismo, las características de las emisiones deberán constar en las memorias anuales de las sociedades que realicen. El párrafo quinto establece que la emisión de estos valores requiere autorización administrativa previa del órgano de contratación, cuyo otorgamiento sólo puede denegarse cuando el buen fin de la concesión u otra razón de interés público relevante lo justifiquen. La intención de conseguir la implicación del sector privado en la inversión en obras públicas no puede constituir un obstáculo insalvable que impida a la Administración toda posibilidad de maniobra para llevar a cabo una política capaz de alcanzar los objetivos que en cada momento demande el interés general.

Tampoco parece justo situarlos en una posición privilegiada de forma que sus créditos resulten siempre avalados por el Estado. Para conseguir un equilibrio, los apartados 3, 4, 5 y 6 del art. 260 incorporan una serie de medidas que tutelan los intereses de los inversores (apartado tres) y otros objetivos (apartados cuatro, cinco y seis)<sup>925</sup>.

---

*cobro frente a la Administración, podrán ceder el mismo conforme a Derecho*». A continuación, el apartado segundo condicionaba la validez a la notificación fehaciente de la misma, «*Para que la cesión del derecho de cobro tenga plena efectividad frente a la Administración, será requisito imprescindible la notificación fehaciente a la misma del acuerdo de cesión*». La eficacia de las segundas y posteriores cesiones también quedaba condicionada al cumplimiento de este requisito.

<sup>925</sup> ANEGÓN BLANCO, F. y MATÉ SANZ, D., «Titulización de los derechos de uso de las infraestructuras»..., *op. cit.*, p. 112, indican que con esta previsión la Ley está otorgando al financiador privado unas amplias garantías que se justifican por la singularidad y complejidad de este tipo de

Si la extinción es imputable al concesionario, la Administración podrá optar entre alguna de las siguientes actuaciones:

- a) Acordar el secuestro de la concesión s los efectos de satisfacer los derechos de los acreedores, sin que el concesionario pueda percibir ingreso alguno.
- b) Resolver la concesión, acordando con el representante de los acreedores la cuantía de la deuda y las condiciones en que deberá ser amortizada. A falta de acuerdo, la Administración quedará liberada con la puesta a disposición de los acreedores de la menor de las siguientes cantidades: el importe de la indemnización que correspondiera al concesionario o la diferencia entre el valor nominal y las cantidades percibidas hasta el momento de resolución de la concesión tanto en concepto de intereses como de amortizaciones parciales.

Cuando la extinción no es imputable al concesionario, la solución es la prevista en el apartado quinto: *«Si se produjera causa de extinción no imputable al concesionario y los acreedores no se hubiesen satisfecho íntegramente de sus derechos, la Administración podrá optar por actuar conforme a la solución anterior o bien resolver la concesión acordando con el representante de los acreedores la cuantía de la deuda y las condiciones en que deberá ser amortizada. A falta de acuerdo, la Administración quedará liberada con la puesta a disposición de la diferencia entre el valor nominal de su inversión y las cantidades percibidas hasta el momento de resolución de la concesión tanto en concepto de intereses como de amortizaciones parciales».*

La razón de la modulación o graduación del riesgo es que los inversores han querido financiar al concesionario libremente y no sería justo que tal riesgo fuera algo totalmente independiente de la mejor o peor gestión del concesionario.

### ***D) 3. Hipoteca de la concesión***

El art. 261 permite, en su primer apartado, que las concesiones de las obras públicas con los bienes y derechos que llevan incorporados sean hipotecadas conforme a lo dispuesto en la legislación hipotecaria, previa autorización del órgano de contratación. A continuación, precisa que no se admite la hipoteca de concesiones de

---

proyectos que necesitan grandes inversiones y dilatados períodos de explotación que provocan considerables incertidumbres por los muchos cambios que pueden acaecer.

obras públicas en garantía de deudas que no guarden relación con la concesión correspondiente, pues si se admitiese para una concesión en garantía de una obligación ajena a ella, estaría subordinando los intereses públicos a un interés exclusivamente particular. La naturaleza singular de las concesiones de obra pública obliga a tener presentes algunas de sus características, que han de tener reflejo en la regulación de la propia hipoteca y de ahí que los artículos que integran esta subsección regulen detalladamente la hipoteca sobre las concesiones. El principal objetivo de la regulación consiste en conciliar el legítimo derecho del particular a obtener una rentabilidad de su inversión con el objetivo irrenunciable de la Administración de velar por el interés público cuando atribuye al particular a través de la institución de la concesión, por un tiempo determinado, la construcción y explotación de la obra pública.

El segundo apartado establece: *«Las solicitudes referentes a las autorizaciones administrativas previstas en este artículo y en el siguiente se resolverán por el órgano competente en el plazo de un mes, debiendo entenderse desestimadas si no resuelve y notifica en este plazo»*<sup>926</sup>.

El art. 262 se centra en los derechos del acreedor hipotecario<sup>927</sup>, tratando de atribuir al acreedor hipotecario algunas facultades para que, durante la vida de la

---

<sup>926</sup> FERNÁNDEZ-PIÑEYRO HERNÁNDEZ, E., «La financiación privada de infraestructuras en la Ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas y en la Ley de Contratos del Sector Público», MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.), *Instrumentos españoles de colaboración...*, op. cit., p. 340, sostiene que la razón de este efecto desestimatorio del silencio administrativo no es sólo formal, pues no debe perderse de vista que una hipoteca sobre concesiones puede frecuentemente significar la constitución de derechos particulares sobre bienes y ése es precisamente uno de los supuestos tasados en que la propia LRJPAC quiere también que los efectos del silencio sean desestimatorios. En este sentido, concreta el criterio general expuesto en la LRJPAC, y ayuda al logro de uno de los objetivos principales de la nueva normativa sobre concesión de obra pública cual es el de la seguridad jurídica que precisan especialmente los inversores.

<sup>927</sup> La facultad a que se refiere este artículo intenta proteger no sólo al acreedor hipotecario para ahorrarle un complicado e incierto procedimiento de ejecución, sino también el interés público permitiendo la continuidad de la concesión misma durante el plazo previsto como forma adecuada para garantizar la prestación ininterrumpida del servicio. *«1. Cuando el valor de la concesión hipotecada sufriera grave deterioro por causa imputable al concesionario, el acreedor hipotecario podrá solicitar del órgano de contratación pronunciamiento sobre la existencia efectiva de dicho deterioro. Si éste se confirmara podrá, asimismo, solicitar de la Administración que, previa audiencia del concesionario, ordene a éste hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño, sin perjuicio del posible ejercicio de la acción de devastación prevista en el artículo 117 de la LH. No obstante, en el caso de ejercitarse la acción administrativa prevista en este apartado, se entenderá que el acreedor hipotecario renuncia a la acción prevista en el citado artículo 117 de la LH.*

*2. Cuando procediera la resolución de la concesión por incumplimiento de alguna de las obligaciones del concesionario, la Administración, antes de resolver, dará audiencia al acreedor hipotecario por si éste ofreciera subrogarse en su cumplimiento y la Administración considerara compatible tal ofrecimiento con el buen fin de la concesión.*



concesión y antes incluso del vencimiento de la deuda garantizada, pueda, pasando siempre por el control regulado de la autorización administrativa previa o contando con la actuación de la propia Administración concedente, influir eficazmente en la marcha del negocio concesional con el objeto de no perjudicar su crédito y no sea necesario llegar a la ejecución hipotecaria<sup>928</sup>.

---

3. Si la obligación garantizada no hubiera sido satisfecha total o parcialmente al tiempo de su vencimiento, antes de promover el procedimiento de ejecución correspondiente, el acreedor hipotecario podrá ejercer las siguientes facultades siempre que así se hubiera previsto en la correspondiente escritura de constitución de hipoteca:

a) Solicitar de la Administración concedente que, previa audiencia del concesionario, disponga que se asigne a la amortización de la deuda una parte de la recaudación y de las cantidades que, en su caso, la Administración tuviese que hacer efectivas al concesionario. A tal efecto, se podrá, por cuenta y riesgo del acreedor, designar un interventor que compruebe los ingresos así obtenidos y se haga cargo de la parte que se haya señalado, la cual no podrá exceder del porcentaje o cuantía que previamente se determine.

b) Si existiesen bienes aptos para ello, solicitar de la Administración concedente que, previa audiencia al concesionario, le otorgue la explotación durante un determinado período de tiempo de todas o de parte de las zonas complementarias de explotación comercial. En el caso de que estas zonas estuvieran siendo explotadas por un tercero en virtud de una relación jurídico-privada con el concesionario, la medida contemplada por este apartado deberá serle notificada a dicho tercero con la indicación de que queda obligado a efectuar al acreedor hipotecario los pagos que debiera hacer al concesionario».

<sup>928</sup> Por lo que respecta a su ejecución, el art. 263 del TRLCSP establece: «1. El adjudicatario en el procedimiento de ejecución hipotecaria quedará subrogado en la posición del concesionario, previa autorización administrativa, en los términos que se establecen en el apartado siguiente.

2. Todo el que desee participar en el procedimiento de ejecución hipotecaria en calidad de postor o eventual adjudicatario, incluso el propio acreedor hipotecario si la legislación sectorial no lo impidiera, deberá comunicarlo al órgano de contratación para obtener la oportuna autorización administrativa, que deberá notificarse al interesado en el plazo máximo de 15 días, y sin la cual no se le admitirá en el procedimiento. La autorización tendrá carácter reglado y se otorgará siempre que el peticionario cumpla los requisitos exigidos al concesionario.

Si hubiera finalizado la fase de construcción o ésta no formara parte del objeto de la concesión, sólo se exigirán los requisitos necesarios para llevar a cabo la explotación de la obra.

3. Si la subasta quedara desierta o ningún interesado fuese autorizado por el órgano de contratación para participar en el procedimiento de ejecución hipotecaria, la Administración concedente podrá optar por alguna de las siguientes actuaciones en el supuesto de que el acreedor hipotecario autorizado, en su caso, para ser concesionario no opte por el ejercicio del derecho que le atribuye el artículo 671 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, e Enjuiciamiento Civil:

a) Acordar el secuestro de la concesión conforme a lo previsto en el artículo 251 de esta Ley sin que el concesionario pueda percibir ingreso alguno. Se dará trámite de audiencia al acreedor hipotecario para ofrecerle la posibilidad de proponer un nuevo concesionario. Si la propuesta no se produjera o el candidato propuesto no cumpliera los requisitos exigibles conforme a lo establecido en el apartado anterior, se procederá a la licitación de la misma concesión en el menor plazo posible.

b) Resolver la concesión y, previo acuerdo con los acreedores hipotecarios, fijar la cuantía de la deuda y las condiciones en que deberá ser amortizada. A falta de acuerdo, la Administración quedará liberada con la puesta a disposición de los acreedores del importe de la indemnización que correspondiera al concesionario por aplicación de lo previsto en el artículo 271 de esta Ley».

Se desprende así que el legislador ha considerado más ventajoso ofrecer a la Administración y al acreedor hipotecario varias alternativas previas a la extinción de la concesión con el consiguiente pago de la deuda existente con los rendimientos líquidos que pudiesen resultar.

### ***E) Otras fuentes de financiación***

Finalmente, el último precepto dentro de la financiación privada, el art. 265 del TRLCSP, que lleva por rúbrica «*Créditos participativos*», admite los créditos participativos para la financiación de la construcción y explotación, o sólo la explotación, de las obras públicas objeto de concesión. Éstos son una clase específica de créditos cuya principal peculiaridad estriba en que son concedidos normalmente a un tipo de interés inferior al convencional y que su otorgamiento confiere al prestamista un derecho a participar en los beneficios que, en este caso por la explotación de las obras, obtenga al concesionario.

Su utilización como medida para la financiación de obras públicas se ha circunscrito a la participación del prestamista en los ingresos del concesionario<sup>929</sup>.

La legislación permite que revistan tanto carácter público como privado, en el sentido de poder ser otorgados por la Administración pública que adjudica el contrato de concesión o por un tercero. Sin embargo, el apartado tercero del citado art. 265 sólo admite que las Administraciones puedan contribuir a la financiación mediante el otorgamiento de créditos participativos, excepcionalmente. Añadiéndose a continuación que en tales casos, salvo estipulación contraria, el concesionario no podrá amortizar anticipadamente el capital prestado, a no ser que implique el abono por el concesionario del valor actual neto de los beneficios futuros esperados según el plan económico-financiero revisado y aprobado.

El artículo se cierra con una diferencia respecto del resto de supuestos de financiación privada previstos en el TRLCSP, pues determina que la obtención de estos créditos únicamente debe comunicarse al órgano de contratación en el plazo máximo de un mes desde la fecha en que cada uno hubiera sido concedido. Esto es, el disfrute de

---

<sup>929</sup> La memoria acompañada por el Gobierno al presentar el Anteproyecto de Ley de Concesión de obras públicas explicaba que esta opción responde a un intento de simplificar lo máximo posible «*la participación en el negocio concesional de acreedores que, en principio, son ajenos a la concesión y no gozan de los privilegios de los acreedores hipotecarios o de quienes lo son por haber intervenido en títulos negociables sobre los derechos de cobro del concesionario*».

estos créditos no depende de una autorización conforme emitida por el órgano de contratación<sup>930</sup>.

#### **4.8. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS**

El buen fin del contrato de concesión de obras públicas por el recíproco cumplimiento de las obligaciones de las partes guarda una estrecha relación con la observancia rigurosa de las obligaciones inherentes a la preparación del contrato y con un diligente control de la ejecución de las obras y del cumplimiento de las obligaciones del concesionario.

Las causas anormales de extinción del contrato de concesión de obras públicas, además de las señaladas con carácter general para todos los contratos administrativos, se recogen en el art. 269 del TRLCSP, reiterándose algunas de las causas generales, pero sometiénolas a una regulación diferente<sup>931</sup>.

##### ***A) Causas de resolución distintas del incumplimiento del contratista***

###### ***A) 1. Circunstancias sobrevenidas que afectan al contratista***

Las dos primeras causas recogidas en las letras a) y b) del art. 269 coinciden con las enunciadas en el régimen general de extinción de los contratos administrativos. Dichas causas son la muerte o incapacidad sobrevenida del concesionario individual y la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad concesionaria, la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento. Cuando tiene lugar alguno de estos dos supuestos, la Administración puede optar por no resolver el contrato y acordar la continuación del mismo con los herederos o sucesores. La extinción de la personalidad jurídica de la sociedad concesionaria, en cambio, es objeto de un tratamiento diferenciado, mientras en el régimen general la Administración está

---

<sup>930</sup> FERNÁNDEZ-PYÑEIRO HERNÁNDEZ, E., «La financiación privada de infraestructuras en la Ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas», MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.), *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión...*, op. cit., p. 306, explica que esta diferencia se ha justificado por el hecho de que los créditos participativos no comprometen tanto como una hipoteca la vida de la concesión. «La introducción de un deber de informar a posteriori permite al concesionario financiarse con agilidad al tiempo que posibilita a la Administración estar informada e incluso reaccionar imponiéndose si así conviniera al interés general, sin los inconvenientes, por otro lado, de un silencio administrativo cuyo carácter negativo sería, además, para este supuesto mucho más difícil de justificar».

<sup>931</sup> LEGUINA VILLA, J., «La extinción del contrato de concesión de obras públicas», GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones...*, op. cit., p. 1347.

obligada a continuar el contrato con la empresa resultante de la fusión o beneficiaria de la escisión, aportación o transmisión de la empresa contratista, siempre que dicha entidad mantenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación. La declaración de concurso o insolvencia determina siempre la resolución del contrato.

**A) 2. La ejecución hipotecaria declarada desierta o carente de interesados**

Entre las modalidades de financiación privada, se prevé la constitución de hipoteca sobre la concesión, siempre que garantice deudas que guarden relación con la concesión correspondiente. En el caso de que la obligación garantizada no fuese satisfecha total o parcialmente al tiempo de su vencimiento, el acreedor hipotecario está facultado para promover el procedimiento de ejecución. Si la ejecución de la hipoteca se desarrolla con normalidad, entre los postores autorizados, resultará un adjudicatario que quedará subrogado, previa autorización administrativa, en la posición de concesionario.

Puede ocurrir que la subasta quede desierta o que ninguno de los interesados en participar en el procedimiento de ejecución hipotecaria sea autorizado por el órgano de contratación. En ese caso, la Administración puede optar entre el secuestro de la concesión y la resolución del contrato. Si opta por resolver el contrato, esta causa de resolución le permite, previo acuerdo con los acreedores hipotecarios, fijar la cuantía de la deuda y las condiciones en que deberá ser amortizada; si no se alcanzara dicho acuerdo, la Administración puede acordar igualmente la resolución del contrato, quedando liberada con la puesta a disposición de los acreedores del importe de la indemnización que corresponda al concesionario.

**A) 3. El mutuo acuerdo**

La extinción del contrato por mutuo acuerdo es otra de las causas generales que se reitera, en las causas de extinción del contrato de concesión de obras públicas. Como requisitos para que pueda mediar el consentimiento extintivo del contrato entre la Administración concedente y el concesionario, el art. 270.4 del TRLCSP establece que la concesión no debe encontrarse sometida a secuestro acordado por infracción grave del concesionario y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la continuación del contrato.

**B) El secuestro de la concesión como causa mixta de resolución**

El secuestro en el contrato de concesión de obras públicas es una causa mixta de resolución del contrato porque puede estar o no determinado por

incumplimientos del concesionario. Dos son los supuestos que pueden dar lugar al secuestro: que el concesionario no pueda hacer frente, temporalmente y con grave daño social, a la explotación de la obra pública por causas ajenas al mismo y el incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario que pongan en peligro la explotación.

***C) Causas imputables al concesionario: especial referencia al incumplimiento***

La letra j) del art. 269 del TRLCSP recoge tres supuestos de resolución del contrato de concesión de obras públicas por causa imputable al contratista: el abandono, la renuncia unilateral y el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales. La jurisprudencia exige la existencia de un incumplimiento grave y de naturaleza sustancial<sup>932</sup>.

Relacionando las causas generales de resolución de los contratos administrativos con las causas específicas de resolución del contrato de concesión de obras públicas, los supuestos típicos de incumplimiento del contratista que pueden dar lugar a la resolución del contrato de concesión de obras públicas son los siguientes: la falta de prestación de la garantía definitiva o las especiales o complementarias; la no formalización del contrato en plazo; el incumplimiento de los plazos contractuales; el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales; los supuestos de otros incumplimiento que se establezcan expresamente en el contrato; y el incumplimiento grave de las prohibiciones establecidas en la Ley o la omisión de actuaciones obligatorias de acuerdo con la misma, y en particular el incumplimiento de los plazos para la ejecución de las obras, la negligencia en el cumplimiento de sus deberes de uso, policía y conservación de la obra pública, la interrupción injustificada total y parcial de su utilización y el cobro al usuario de las cantidades superiores a las legalmente autorizadas.

***D) Resolución por causas imputables a la Administración***

La Ley prevé tres supuestos que determinan la resolución del contrato: el rescate de la explotación de la obra pública por el órgano de contratación (se entenderá por rescate la declaración unilateral del órgano contratante, discrecionalmente adoptada, por la que dé por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular); la supresión de la explotación de la obra pública por razones de interés público y la

---

<sup>932</sup> Pueden verse entre otras las Sentencias del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1999, -AR 1999/2982-; de 1 de octubre de 1999, -AR 2000/1393-, y de 16 de enero de 2001.

imposibilidad de la explotación de la obra pública como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración concedente con posterioridad al contrato.

Por tanto, las causas de resolución del contrato de obras son también causas de resolución del contrato de concesión de obras públicas. Además de ellas, la única causa específica de resolución del contrato de concesión de obras públicas por incumplimiento de la Administración es la que se enuncia en la letra f) del art. 269: la demora superior a seis meses por parte del órgano de contratación en la entrega al concesionario de la contraprestación, de los terrenos o de los medios auxiliares a los que se obligó según el contrato.

No obstante, el incumplimiento de la Administración no conduce inexorablemente a la resolución del contrato, sino que ésta es potestativa para el contratista (art. 271.2 del TRLCSP). El concesionario puede optar entre resolver el contrato, instándolo así al órgano de contratación, o su continuación con el abono del interés legal de las cantidades debidas o valores económicos convenidos, a partir del vencimiento del plazo previsto para el cumplimiento de la contraprestación o entrega de los bienes pactados.

## **5. ARRENDAMIENTO OPERATIVO COMO TÉCNICA PATRIMONIAL DE CPP**

### **5.1. INTRODUCCIÓN**

Igual interés tiene, en el más restringido plano de la gestión patrimonial pública, el llamado “contrato de arrendamiento operativo”. Se trata de una figura que, en buena medida, recuerda a la concesión de obra pública, pero que -a diferencia de ésta- se emplea en las infraestructuras que no son susceptibles de explotación económica por terceros, (como en diversas ocasiones ha recordado la Junta de Contratación Administrativa<sup>933</sup>).

---

<sup>933</sup> Entre otros, puede consultarse el Informe núm. 1/1998, de 30 de enero de 1998 sobre naturaleza y régimen jurídico de los contratos que tienen por objeto la adquisición de inmuebles sitos en territorio extranjero y el arrendamiento financiero de los mismos para sede de representaciones diplomáticas y consulares integrantes de la Administración General del Estado en el exterior. Asimismo, el Informe 6/2004, de 10 de diciembre de 2004, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, que aborda la posibilidad de que la Administración Local pueda adquirir bienes inmuebles y vincularlos al pago de una prestación periódica en cualquiera de las modalidades reguladas por el derecho de censo en la legislación civil catalana y la posibilidad de que pueda realizar arrendamientos financieros o arrendamientos con opción de compra de bienes inmuebles. Informe nº 25/08 de 29 de enero de 2009 sobre «Régimen jurídico aplicable a los procedimientos y forma

A pesar de no contar con una previsión expresa y autónoma<sup>934</sup>, debe señalarse que cuando la infraestructura que se deba construir no sea susceptible de explotación económica, al no poder fijarse la retribución en función de la utilización de la misma, las Administraciones no pueden recurrir al contrato de concesión de obras públicas, pero sí al arrendamiento operativo. Las dificultades derivadas de las restricciones presupuestarias acentúan aún más el surgimiento de técnicas como ésta, para sustituir la utilización del contrato de obras.

La razón de su progresiva implantación se debe a las ventajas presupuestarias que en términos de contabilidad presentan estas operaciones, porque a pesar de que se trata de una retribución presupuestaria y, por tanto, financiada en último término por el contribuyente, los pagos que las Administraciones públicas no se consideran gastos de inversión, sino gastos corrientes, esto es, gastos en su consumo final<sup>935</sup>.

El origen de este arrendamiento operativo se sitúa en la iniciativa de financiación privada británica (FPI), precisamente en los referidos *services sold to the public sector*, que persiguen modernizar las infraestructuras públicas, recurriendo a la financiación privada.

En España se introdujo fundamentalmente por el ente Gestor de Infraestructuras públicas, S.A. (GISA)<sup>936</sup>, en Cataluña y se ha utilizado para la construcción de comisarías y edificios judiciales<sup>937</sup>. El arrendamiento operativo comenzó a emplearse por la Administración para la ejecución de edificios que iban a servir como sede para

---

de adjudicación de los contratos patrimoniales celebrados por una entidad local». Por último, el Informe 56/09, de 1 de febrero de 2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre «Límite temporal de los contratos de arrendamiento financiero de inmuebles en las Corporaciones locales».

<sup>934</sup> Se trata de una figura de carácter complejo, sin regulación específica en el ámbito de la gestión patrimonial ni de la contratación administrativa (de ahí su consideración de contrato atípico), pero que es mencionada expresamente en el Libro Verde de la Comisión Europea sobre colaboración público-privada en materia de contratación pública y concesiones [COM (2004) 327 final].

<sup>935</sup> HERRANZ EMBID, P., «Régimen general de las obras públicas», GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (coord.), *Derecho de los bienes públicos...*, op. cit., pp. 771 y ss., afirma que la falta de regulación específica en España, como vía para la financiación de obras públicas, puede deberse quizás a que sus elementos configuradores se puedan reconducir a figuras jurídicas típicas claramente conocidas, como pueden ser el arrendamiento de bienes y, en su caso, el arrendamiento de servicios. Muy probablemente también sea esta falta de regulación concreta la que determine que los poderes públicos sean aún reacios a su utilización, prefiriendo figuras más conocidas y detalladamente reguladas como la concesión.

<sup>936</sup> GISA, S.A. es una empresa pública dependiente de la Generalitat de Cataluña, cuya constitución fue acordada por el Parlamento catalán, según la Disposición adicional 29 de la Ley 9/1990, de 16 de mayo.

<sup>937</sup> VILLARINO MARZO, J., «Técnicas patrimoniales de colaboración público-privada: las concesiones demaniales y el arrendamiento operativo», DORREGO DE CARLOS, A. y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F. (coords.), *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público...*, op. cit., p. 498.

instituciones administrativas (edificios administrativos), de donde se ha extendido a otras muchas construcciones en las que se presta un servicio directo a los ciudadanos (hospitales, escuelas, establecimientos penitenciarios o comisarías de policía).

## 5.2. CONCEPTO

El arrendamiento operativo puede definirse como como el contrato en virtud del cual la Administración encarga a un particular el diseño, construcción y mantenimiento de una infraestructura -ya sea de nueva planta o preexistente que haya que remodelar- así como la prestación de servicios asociados a la misma. A cambio, la Administración se compromete a pagar una determinada cantidad (pagos por disponibilidad, calculados en función del grado de disponibilidad de la obra y otros parámetros referidos al equipamiento, mantenimiento y otros servicios asociados) que supone una contraprestación por la utilización del inmueble, -no por el coste de construcción del mismo-, que corre a cargo del contratista.

Sobre este concepto deben destacarse las siguientes consideraciones, realizadas por los autores, que permiten conocer las notas fundamentales de la figura:

GONZÁLEZ GARCÍA<sup>938</sup> afirma que el arrendamiento operativo es *«un contrato mixto en el sentido de que tiene dos elementos necesarios: por un lado, el encargo de construcción o reparación de una infraestructura y, por el otro, su arrendamiento a la Administración encomendante. A ello se añade un tercer pilar frecuente pero no imprescindible: el otorgamiento de un derecho de superficie en el terreno en el que se va a erigir el edificio, algo que en ocasiones, bastante poco usuales, suele ser sustituido por el medieval censo enfiteúutico. Por ello, se trata de una modalidad de contratación en la que se mezclan aspectos de derecho de bienes públicos, otros que afectan a la prestación de servicios y, por último, la regulación relativa al arrendamiento de bienes. Contrato que, por tanto, tiene un régimen jurídico acotado en cada una de sus partes, lo que permite que su régimen, a pesar de no estar expresamente contemplado en la norma, sea reconocible»*.

HERRANZ EMBID<sup>939</sup>, por su parte, lo define como *«aquella figura en la que una entidad privada se encarga de la construcción, financiación y operación de la*

---

<sup>938</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte... op. cit.* p. 33.

<sup>939</sup> HERRANZ EMBID, P., «Régimen general de las obras públicas», GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (coord.), *Derecho de los bienes públicos...*, op. cit., p. 351.



*infraestructura, la cual se cede a la Administración, a cambio de una retribución, en perfectas condiciones de funcionamiento y mantenimiento. La entidad privada aparece así como el vehículo que utiliza la Administración para conseguir la finalidad perseguida que no es otra que la posibilidad de disponer de la infraestructura adecuada para la prestación del servicio que se propone. Esta entidad empresarial o vehículo no tiene que ser necesariamente de titularidad exclusivamente privada, sino que cabe también la posibilidad de que la Administración utilice empresas total o parcialmente públicas para este cometido, con lo que el espectro de posibilidades de utilización de esta figura se amplía».*

HERNANDO RYDINGS<sup>940</sup> también explica los aspectos que caracterizan al arrendamiento operativo. Afirma al respecto que *«A través de esta técnica, el contratista-arrendador ejecuta una infraestructura normalmente en un predio de la Administración-arrendataria, previo otorgamiento del correspondiente derecho de superficie, cuyo destino va a ser un uso público o el general aprovechamiento. Como contraprestación a la posibilidad de utilizar la infraestructura ejecutada para prestar directamente, y sin intermediarios, un determinado servicio público, la Administración deberá abonar al contratista una remuneración que podrá ser fijada teniendo en cuenta determinados estándares de calidad y de disponibilidad de la infraestructura».*

Finalmente, hay que señalar que el esquema está pensado para que sea una sociedad privada la que ejecute la construcción de la infraestructura.

### **5.3. REGULACIÓN JURÍDICA**

El arrendamiento operativo no viene recogido de forma expresa en nuestro ordenamiento jurídico. Sólo podría encuadrarse en las previsiones del art. 128 de la LPAP, el cual, bajo el título *«contratos mixtos»*, dispone: *«1. Para la conclusión de contratos de arrendamiento financiero y otros contratos mixtos de arrendamiento con opción de compra se aplicarán las normas de competencia y procedimiento establecidas para la adquisición de inmuebles».* Esto se justifica por el hecho de reunir elementos propios del arrendamiento de bienes, otros del arrendamiento de servicios y porque, en ocasiones, puede tener un derecho de superficie vinculado a él, cuando el bien a construir se haga en un predio que sea de titularidad de la Administración.

---

<sup>940</sup> HERNANDO RYDINGS, M., *La colaboración público-privada...*, op. cit., p. 351.

Por todo ello, para determinar las normas aplicables y partiendo de que la prestación más importante sería la del arrendamiento de bienes, su regulación se remitiría a la LPAP (Capítulo III, Título V).

El Capítulo III del Título V de la LPAP (arts. 122 a 128) es el destinado al arrendamiento de inmuebles por parte de la Administración General del Estado y sus organismos públicos. En dicho Capítulo se regula el supuesto en que la Administración actúa, es decir, acude al arrendamiento, no como forma de explotación económica de sus bienes patrimoniales, sino como arrendataria, disfrutando de la posesión de un bien inmueble de propiedad de un particular o de otra Administración. Este tipo de arrendamiento no es más que una forma adicional de adquisición onerosa de derechos de contenido patrimonial, cuya regulación se ha apartado de las normas generales del Capítulo II y ha pasado a contenerse en un Capítulo propio.

Por otro lado, de conformidad con lo señalado en el art. 124 de la LPAP, «los arrendamientos se concertarán mediante concurso público salvo que, de forma justificada y por las peculiaridades de la necesidad a satisfacer, las condiciones del mercado inmobiliario, la urgencia de la contratación debida a acontecimientos imprevisibles, o la especial idoneidad del bien, se considere necesario o conveniente concertarlos de modo directo».

Toda esta falta de regulación expresa tiene como consecuencia que el contrato se caracterice por su flexibilidad. Así lo demuestra la regla contenida en el art. 111 de la LPAP en virtud de la cual: «*La Administración pública podrá, para la consecución del interés público, concertar las cláusulas y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarias al ordenamiento jurídico, o a los principios de buena administración*».

#### **5.4. ELEMENTOS**

Los elementos que concurren y configuran este tipo de contratos son los enumerados a continuación<sup>941</sup>: a) la encomienda de la construcción de la infraestructura a un tercero; b) el arrendamiento del inmueble por la entidad a la Administración en perfectas condiciones de uso y c) el hecho de que la entidad privada sea la única propietaria de la infraestructura.

---

<sup>941</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte... op. cit.* p. 35.

El edificio debe ser construido para satisfacer las necesidades de la Administración, al tiempo que el diseño y la dirección del proyecto deben recaer en el particular, lo cual no siempre aceptan las Administraciones. A pesar de ello y en todo caso, las decisiones esenciales han de ser asumidas por el particular.

**A) La construcción o renovación del bien corresponde a la entidad privada o contratista**

El primer elemento del arrendamiento operativo está constituido por el encargo que hace la Administración a un contratista para que éste proceda a la construcción de una infraestructura, o incluso a la renovación de una previamente existente. En otros términos, el inmueble se construye por la entidad privada conforme al encargo que realice la Administración arrendataria y de acuerdo con las características especificadas por ésta. Y ello con el fin de que una vez finalizado sea objeto de alquiler a la Administración pública para que pueda instalarse una sede administrativa o se proceda a prestar un servicio público a los ciudadanos.

Si la ejecución de la infraestructura se va a realizar en un predio de titularidad administrativa, se suele recurrir al derecho de superficie a favor del constructor. Transcurrido el plazo de duración, el derecho de superficie se extingue. En este último sentido es de consignar que el arrendamiento operativo suele llevar asociado un derecho de superficie (a veces formulado como censo enfitéutico civil) por parte de la Administración a favor del contratista sobre los terrenos de propiedad de la Administración en los que se ubica la infraestructura (que es propiedad del arrendador-contratista durante toda la vida del contrato, aspecto clave para desconsolidar el coste en las cuentas públicas y para que no haya de asumirse el gasto de inversión ni el riesgo de la construcción), lo cual cumple la importantísima función de que el inmueble pueda revertir sin costes para la Administración, consolidando ésta de esa manera su derecho de propiedad pleno sobre el suelo y el inmueble en el momento de finalización del contrato.

El inmueble se construye por la entidad privada conforme al encargo de la Administración pública arrendataria y de acuerdo con las características especificadas por ésta. Como consecuencia, suele reservarse la Administración ciertas facultadas.

Por otro lado, el hecho de que la construcción corresponda a la entidad empresarial tiene como inmediata consecuencia que deba ser ésta quien tenga que buscar la financiación externa necesaria para atender los gastos de construcción,

lo que se verá facilitado por la titularidad privada de la infraestructura.

**B) El inmueble se arrienda a la Administración en perfectas condiciones de uso**

El bien se arrienda por la entidad privada a la Administración en perfectas condiciones de funcionamiento y mantenimiento, apto para la adecuada prestación del servicio que se pretende en el mismo.

El contrato tiene por objeto, en consecuencia, la cesión de la infraestructura, es decir, se trata de un típico contrato de arrendamiento de bienes, si bien el mantenimiento e incluso equipamiento del inmueble corresponde al arrendador. En todo caso, la prestación de los servicios públicos en dicho inmueble queda en manos de la Administración, sin perjuicio de que se prevea la posibilidad de que el arrendador contratista pueda prestar servicios accesorios o auxiliares del principal. Es ciertamente frecuente que el contrato contemple también la posibilidad de que el arrendador pueda prestar servicios accesorios o auxiliares al principal a que se destina el inmueble a fin de obtener rendimientos suplementarios que le permitan hacer frente con mayor seguridad a los costes invertidos. Ahora bien, de conformidad con las previsiones del art. 4.1 p) del TRLCSP, este tipo de prestaciones accesorias a la principal no podrán exceder del 50 por ciento del valor total del negocio.

En los supuestos no susceptibles de explotación económica, cuando el contrato tiene por objeto la cesión del uso de la infraestructura, la remuneración que recibe el arrendador no procede de los usuarios de la obra o del servicio, sino de pagos que realiza la Administración arrendataria por el uso del bien y, en su caso, por la prestación de esos servicios accesorios en perfectas condiciones. Normalmente, y en atención al interés público que persigue la realización de la obra, esta retribución se suele basar en un esquema de pagos por disponibilidad, conforme al cual se retribuye a la entidad privada en función de la calidad en la prestación del servicio. No obstante, ello no impide pactar otra forma de retribución en función de las circunstancias que concurran, pudiendo tratarse incluso de pagos fijos<sup>942</sup>.

Los pagos que realiza la Administración constituyen la prestación pública por la utilización del inmueble y no, por consiguiente, por el coste de construcción del mismo, el cual es asumido íntegramente por el arrendador como propietario. Esta nota diferencia la figura del arrendamiento operativo del arrendamiento financiero. En

---

<sup>942</sup> Se suelen pactar dos tipos de pagos: uno fijo, en cualquier caso, y uno variable en función de los parámetros que se hubieren pactado.

efecto, en este último las cuotas periódicas satisfechas por el arrendatario equivalen al pago de un interés fijo más una cuota de amortización, lo que hace que el arrendamiento financiero sea una mera técnica de financiación de la adquisición de un bien, con la única salvedad de que el financiador, en vez de ser un simple acreedor garantizado, aparece como propietario aparente del bien financiado. De hecho, las normas contables equiparan el arrendamiento financiero a un préstamo y, cuando se realiza por las Administraciones públicas, la normativa contable pública exige que se compute como una inversión pública financiada mediante endeudamiento. Habida cuenta pues que los pagos de la Administración no cubren la amortización del inmueble, y a fin de atraer la financiación privada necesaria para su construcción, se suelen pactar en los contratos de arrendamiento operativo amplios períodos de explotación, superiores a 30 años, de forma que se permite al inversor privado amortizar sobradamente la infraestructura construida mediante su explotación en la forma indicada.

### **C) La entidad privada es la única propietaria de la infraestructura**

La propiedad del inmueble corresponde a la entidad privada que se encarga de su construcción y explotación, lo cual conlleva importantes consecuencias para su financiación, convirtiéndola en una opción, sin duda, más atractiva.

Así, la titularidad del bien en manos de la entidad privada habilita a ésta no sólo su transmisión, sino a la verdadera disposición sobre las instalaciones, permitiendo la constitución de un mayor número de garantías. Debe considerarse asimismo la mayor ventaja para los financiadores, frente a otras figuras de colaboración público-privada como la concesión, que supone el hecho de que los pagos provengan directamente de la Administración, lo que dota de mayor seguridad y estabilidad a la financiación prestada.

Sin embargo, no puede olvidarse que el bien estará vinculado al uso o servicio público a que lo destine la Administración arrendataria, con lo que ello implica desde la perspectiva del régimen jurídico aplicable a estos bienes y las limitaciones a la propiedad que supone esta vinculación.

Por otro lado, el hecho de que la propiedad del inmueble quede en manos de la entidad privada también supone que ésta sea quien asuma la mayor parte de los riesgos derivados de dicha propiedad. No obstante, la Administración puede retener, de forma excepcional, alguno de estos riesgos, en los casos en los que puede ser ineficiente su transmisión a la iniciativa privada o en los que ella se configure como la parte más

capacitada para soportarlos.

Finalmente, ha de precisarse que el arrendamiento operativo no lleva aparejado el ejercicio de una opción de compra del inmueble por la Administración al finalizar el contrato, como sucede en el caso del arrendamiento financiero, en donde el arrendatario puede optar por adquirir el bien a un precio simbólico. A diferencia de ello, en el arrendamiento operativo no hay necesariamente una opción de compra y, de haberla, no sería a un precio residual. Por ello, al término del contrato, cabe el abandono por la Administración; la formalización de un nuevo contrato de arrendamiento o prórroga del anterior; la compra del bien por la Administración, pero, en este último caso, al precio que pacten ambas partes que no tiene que ser el residual tras los pagos realizados; o, incluso, la entrega del bien a la Administración<sup>943</sup>. La elección dependerá lógicamente de las circunstancias concretas del caso, como pueden ser el interés de la Administración en continuar con la prestación del servicio, el grado de deterioro de la infraestructura, la existencia de otros bienes mejor acondicionados o la valoración del propio desarrollo del contrato.

### **5.5. DIFERENCIAS ENTRE EL ARRENDAMIENTO OPERATIVO Y EL ARRENDAMIENTO FINANCIERO**

El arrendamiento operativo se diferencia del arrendamiento financiero o *leasing* inmobiliario, aunque incorpora elementos del contrato de obra pública y otros del contrato de servicios<sup>944</sup>.

La nota diferenciadora principal entre estos dos tipos de arrendamiento es el relativo al régimen de transmisión de riesgos. Para que se trate de un arrendamiento operativo tiene que ser la entidad privada arrendadora la única titular de los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad del activo correspondiente, puesto que en el caso de que esos riesgos se trasladaran a la Administración arrendataria, nos encontraríamos ante un supuesto de arrendamiento financiero<sup>945</sup>.

La cuestión no es baladí ya que la consolidación contable de cada figura es diversa. Así, si los riesgos los afronta el socio privado y recibe la mayoría de los

---

<sup>943</sup> Caben estas opciones siempre que no se haya otorgado un derecho de superficie, en cuyo caso, sí aparece determinado el destino: la reversión a la Administración pública, tal y como establece el art. 41.5 del TRLS.

<sup>944</sup> FERNÁNDEZ SANTOS, Y., «El arrendamiento financiero y operativo», *Pecunia: revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. Extra 1, 2009, pp. 243 y ss.

<sup>945</sup> VILLARINO MARZO, J., «Técnicas patrimoniales...», *op. cit.*, p. 500.

beneficios, la infraestructura debe ser incorporada a su balance, reconduciéndose la relación entre la empresa y la Administración que satisface los cánones, a un arrendamiento operativo. En este caso sólo repercutirán en el resultado presupuestario los pagos regulares realizados por la Administración durante la explotación de la infraestructura, pero no tendrá ninguna incidencia durante el período de construcción ni tampoco en caso de reversión al finalizar el período correspondiente.

En cambio, si la Administración asume la mayor parte de los riesgos y recibe los mayores beneficios del contrato, la infraestructura se incorpora a su balance desde la formalización del contrato, calificándose la relación contractual como arrendamiento financiero.

De lo anterior, puede observarse que en los dos supuestos la construcción de la infraestructura incidirá en las cuentas públicas, pero varía mucho su imputación temporal. Mientras en el primer caso tiene lugar de forma fraccionada a lo largo de todo el período concesional, en el segundo se produce mayormente en el momento de formalización del contrato<sup>946</sup>. Quiere decir que será el arrendamiento operativo el que permitirá cumplir tanto las previsiones del Pacto de Estabilidad y Crecimiento como las necesidades de inversión de los entes públicos en la construcción de infraestructuras y en la prestación de servicios públicos. Sin embargo, la cuestión no ha estado libre de críticas<sup>947</sup>, principalmente, por la inseguridad que supone conocer la situación real de estabilidad presupuestaria en las economías europeas, si hay mecanismos como el arrendamiento operativo que consigue que ciertos gastos no computen a efectos del déficit público.

---

<sup>946</sup> JUAN LOZANO, A.M. y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., *La colaboración público-privada en la financiación de infraestructuras y servicios públicos: una aproximación desde los principios jurídico-financieros*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007, p. 51.

<sup>947</sup> Pueden destacarse las advertencias de GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte... op. cit.*, p. 193, quien considera que la situación no deja de ser paradójica por cuanto que el imponer unas reglas estrictas en aras a la estabilidad presupuestaria configura los procedimientos para eludirlas, los cuales pasan, según este autor, por la privatización parcial, lo que supone un coste mayor que si lo hiciera la propia Administración a través de los mecanismos tradicionales, dado que las entidades privadas tienen que asumir costes y obtener beneficios.

## 6. EL CONTRATO DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO

### 6.1. INTRODUCCIÓN

Dentro de los denominados “otros tipos de organización o contratos públicos” que conforman uno de los dos subgrupos de la CPP contractual, se enmarca el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado<sup>948</sup>, instrumento incorporado a la legislación española, con la LCSP.

### 6.2. UBICACIÓN SISTEMÁTICA

La nueva modalidad contractual se desarrolla en el clausulado del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), en primer lugar en la Sección primera del Capítulo II, bajo la rúbrica «*Delimitación de los tipos contractuales*», en cuyo art. 5 se enumeran los diferentes tipos de contratos que pueden celebrarse entre el sector público y el sector privado<sup>949</sup>. Dentro de esta misma Sección al contrato de colaboración le corresponde el art. 11.

Sin embargo, a pesar de que este contrato se define en el citado art. 11, se hace realmente difícil identificar, a lo largo del articulado del TRLCSP, las normas que le son aplicables. Para analizar el régimen jurídico, tenemos que acudir a preceptos ubicados en el Título Preliminar, Libro I, II, III, IV y V, e incluso algunas Disposiciones Adicionales<sup>950</sup>.

---

<sup>948</sup> CARLÓN RUIZ, M., «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *op. cit.*, p. 655, llama la atención sobre la equívoca denominación del contrato ya que en rigor cualquier contrato en el que sea parte contratante una Administración pública es, por definición, una forma de colaboración público-privada: si la Administración decide contratar un bien, obra o servicio con un particular, está solicitando su colaboración en la consecución, directa o indirecta, de una finalidad pública.

<sup>949</sup> «*Los contratos de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y de colaboración entre el sector público y el sector privado que celebren los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público (...)*».

<sup>950</sup> Puede observarse cómo el TRLCSP somete el contrato, en todo caso y con independencia de su cuantía, a regulación armonizada en el art. 13.1; respecto a su preparación exige la evaluación previa en el art. 134, un programa funcional en el art. 135 y una serie de especificidades en su clausulado en el art. 136. En cuanto a su adjudicación, impone seguir el procedimiento del diálogo competitivo en el art. 180.3, sin perjuicio de que pueda utilizarse el procedimiento negociado con publicidad en el caso previsto en el art. 170 a). Finalmente, en relación a su ejecución, el art. 215 permite excepcionar el principio de ejecución a riesgo y ventura del contratista, mediante pactos con cláusulas de reparto del riesgo incluidas en el contrato; el art. 313 detalla los efectos, cumplimiento y extinción del contrato; el art. 314 regula su



A este respecto, el Dictamen, de 25 de mayo de 2006, del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público califica de desafortunada la sistemática interna adoptada por la Ley, puesto que los diez artículos dedicados a este tipo de contrato se reparten en todos los Libros, afirmando, por ello, que: *«resultaría más clara una estructuración interna de la ley tal que este contrato encontrara todo su régimen jurídico agrupado, por ejemplo, en un título específicamente dedicado a ello dentro de un libro dedicado al régimen completo -con sus especialidades- de cada uno de los contratos típicos. No se desconoce que este criterio no ha sido seguido por el anteproyecto. Por ello, esta sugerencia ha de entenderse en relación con lo observado, con carácter general, sobre la estructura del anteproyecto»*.

### **6.3. DEFINICIÓN Y REGULACIÓN JURÍDICA**

Ya la denominación del tipo contractual «colaboración entre el sector público y el sector privado» plantea algunas dificultades. En rigor, cualquier contrato en el que sea parte contratante una Administración pública, es, por definición, una forma de colaboración público-privada: si la Administración decide contratar un bien, servicio u obra con un particular, está solicitando de éste su colaboración en la consecución, directa o indirecta, de una finalidad pública. Esto nos lleva a preguntarnos: ¿en qué consiste entonces esa colaboración cualificada entre el sector público y el sector privado que llama a tipificar un nuevo contrato? La propia Exposición de Motivos de la LCSP, al introducir esta figura, destacó que sólo ha perseguido tipificar una tipología contractual ya extendida en la práctica, para los más variados fines (construcción y explotación de carreteras, de obras hidráulicas, equipamientos para la sanidad, etc.).

Su definición se introdujo en el ordenamiento en virtud del art. 11 de la LCSP (actualmente el TRLCSP), modificado en su redacción original por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en el cual se señala<sup>951</sup>: *«1. Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquellos en que una Administración Pública o una Entidad pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas encarga a una entidad de derecho privado, por un período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las*

---

duración y el art. 315, la financiación. La Disposición Adicional vigésimo novena se refiere a las fórmulas institucionales de colaboración.

<sup>951</sup> La redacción original del art. 11 no recogía la posibilidad de que fuera, además de una Administración pública, una entidad pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas quien realizara el contrato. Se permite fomentar la figura de la colaboración público-privada.

*fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones: a) la construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión; b) la gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas; c) la fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado; d) otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado. 2. Sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 134, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas<sup>952</sup>. 3. El contratista puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución y contratar los servicios precisos. 4. La contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento».*

Por ello, el contrato de CPP<sup>953</sup> puede definirse como aquel contrato por el que la Administración pública encarga a una entidad de Derecho privado por un período

---

<sup>952</sup> Por tanto, sólo procederá la licitación de un contrato de colaboración público-privada cuando, junto con la concurrencia de complejidades, sobre todo de índole financiero, esté presente alguna ventaja comparativa sobre la contratación convencional en términos de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos.

<sup>953</sup> DE ÁLVARO MONTERO, Á., «Las nuevas modalidades contractuales y el mantenimiento del equilibrio financiero», PALOMAR OLMEDA, A. (dir.), *La Administración en tiempo de crisis...*, op. cit., pp. 656-657. También en este sentido, PAREJO ALFONSO, L., y PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público, Tomo IV*, Barcelona, Bosch, 2008, p. 2560, afirman: «el nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado se puede definir como aquél por el que una Administración pública encomienda a una entidad de Derecho privado la realización de una actuación global e integrada que, junto a la financiación de inversiones inmateriales, obras o suministros necesarios para el cumplimiento de fines públicos o actuaciones de interés general, comprenda la construcción, mantenimiento y explotación o gestión de obras o instalaciones, la gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas, la fabricación de bienes o la prestación de servicios ligados al desarrollo por la Administración del servicio público. Por tanto, puede ser objeto de este contrato cualquiera de las prestaciones propias de los demás contratos típicos, por lo que resulta necesario determinar cuál es el rasgo peculiar que lo dota de sustantividad propia». MORENO, E., «Formas jurídicas de colaboración público-privada...», op. cit., p. 97, se refiere a este contrato como el

determinado de tiempo, que variará en función del plazo previsto de amortización de las inversiones o de la financiación prevista, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de las inversiones materiales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones<sup>954</sup>:

- a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.
- b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.
- c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.

---

*«acuerdo global que integra la realización de obras, su financiación y mantenimiento o explotación durante un largo período que se corresponde con la amortización económica de la operación, remunerándose al contratista mediante un precio aplazado y dependiente del éxito y riesgo de la operación, cuyos costes en todo caso deben definirse con la mayor transparencia, distinguiendo los correspondientes a la constitución, financiamiento y explotación».*

<sup>954</sup> CHINCHILLA MARÍN, C., «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 132, 2006, p. 624, «En mi opinión, el artículo 11 no es un ejemplo de precisión conceptual, pero probablemente estamos ante una imprecisión deliberada o, incluso, hasta cierto punto inevitable; esto es, ante una definición abierta e incompleta, que se limita a describir unos elementos caracterizadores de este tipo contractual, para que sean las partes – la Administración y el contratista privado- las que terminen de definir y concretar los elementos del contrato en cada caso específico». Por ello, muchos autores se refieren a estos contratos como “modelos para armar”, puesto que en ellos tiene cabida el objeto de cualquiera de los otros contratos típicos, siempre que sean de larga duración, se trate de realizar una actuación compleja, global e integrada; se realice un reparto de riesgos, el operador privado participe en el proyecto desde el primer momento, se abone una contraprestación por parte de la Administración durante toda la vida del contrato y exija la financiación por el sector privado; y al que se recurrirá una vez que se haya justificado por parte de la Administración contratante que las otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas. Así, GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., en su trabajo «Contrato de colaboración público-privada»..., *op. cit.*, p. 22, indica: «En este sentido, bien se podría decir, parafraseando el título de una novela de Julio Cortázar, que los CPP son «modelos para armar», en los que Administración y contratista recogen elementos aislados del ordenamiento jurídico para configurar cada figura concreta, elementos que afectarán al derecho de bienes, a los contratos de servicios y contendrán aspectos del contrato de obras en los casos en los que haya que proceder a la construcción de la infraestructura; lo que, evidentemente, dificultará el régimen aplicable a cada CPP. De hecho, puede resultar indicativo el que las autoridades comunitarias, de momento, hayan hecho dejación de la regulación de estas figuras dejándolas a lo que disponga cada ordenamiento jurídico, más allá de algunos elementos mínimos que afectan al mercado interior».

- d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio o actuación de interés general que le haya sido encomendado.

Se observa así que, en principio, se podrá celebrar un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para gestionar todo tipo de prestaciones, abarcando cualquier modalidad de las mismas, es decir, su objeto es abierto, permitiendo, al contratista, la realización de cualquier clase de prestación económica o social. No obstante, el TRLCSP establece este tipo de contrato como una modalidad residual o última *ratio*, en el sentido de que sólo podrá celebrarse, en los términos del art. 11.2 del TRLCSP, cuando previamente se haya puesto de manifiesto «*que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas*».

A diferencia de la contratación tradicional, basada en la compra e incorporación de activos por parte del sector público al sector privado, en la CPP el sector público adquiere servicios del sector privado, el cual asume a su vez compromisos de rendimiento y de gestión de la infraestructura y del servicio a lo largo del tiempo<sup>955</sup>.

Lo que determina su cualificación es la combinación del criterio de globalidad e integridad de las actuaciones y el de su complejidad. En el objeto contractual debe concurrir un efecto integrador y una complejidad o especial valor añadido, que justifiquen el recurso a esta fórmula contractual.

#### **6.4. NATURALEZA Y FINALIDAD**

La naturaleza de esta figura es la propia de un contrato administrativo sujeto a las normas del TRLCSP, sin que pueda acudirse a las normas del Derecho privado para su conformación. Su suscripción está ligada o vinculada necesariamente a la previa acreditación, en el expediente, de la satisfacción del interés general, mediante la utilización de esa modalidad contractual.

Su finalidad no es otra que la de llevar a la práctica la consecución de la pretendida satisfacción del interés general, contando para ello con la financiación del sector privado. La CPP permite que un operador se responsabilice del diseño, de la

---

<sup>955</sup> GARCÉS SANAGUSTÍN, M., «Régimen jurídico de las infraestructuras públicas», PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.), *Derecho de los bienes públicos, vol. IV, Protección y tráfico jurídico...*, op. cit., p. 362.

construcción y del mantenimiento de los activos a largo plazo, a los efectos de maximizar la utilidad y el aprovechamiento de la inversión realizada.

## **6.5. NACIMIENTO DE LOS CONTRATOS DE CPP Y RECEPCIÓN EN EL DERECHO COMUNITARIO Y EN EL DERECHO ESPAÑOL**

### **6.5.1. Impulso comunitario europeo**

Las fórmulas de colaboración público-privada no son fenómenos novedosos, sino básicamente la actualización de la histórica técnica de financiación privada mediante la gestión indirecta o la externalización, no exenta, sin embargo, de polémica. Hay que señalar que modelos de colaboración público-privada ha habido desde el siglo XV en toda Europa occidental.

Esta clase de colaboración tiene su origen en el Derecho anglosajón<sup>956</sup>, en un contexto que presentaba similitudes con el actual, por la existencia de una situación económica complicada, por lo que se debieron adoptar fórmulas contractuales que permitieran utilizar la inversión privada para la renovación de las dotaciones de las infraestructuras públicas.

En 1992 se produce la reinención de los modelos de CPP, cuando el Gobierno británico los configuró como un instrumento dentro de un programa de reformas administrativas, siendo el *Public Private Partnership*, -definido como una forma de colaboración o esfuerzo común entre los sectores público y privado con el propósito de desarrollar, construir, explotar y financiar- una técnica más dentro de un contexto

---

<sup>956</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., «Contrato de colaboración público-privada», *Revista de Administración...*, op. cit., p. 8, señala: «Como es conocido, los contratos de colaboración público-privada, también denominados en España como asociaciones público-privadas -en ambos casos como traducción de la expresión británica *Public Private Partnership*, PPP-, tienen su origen en el año 1992 como parte de un programa de reformas emprendido por el Gobierno británico presidido por John Major denominado PFI (*Private Finance Initiative*), cuyo objetivo era precisamente modernizar las infraestructuras públicas recurriendo a la financiación privada como instrumento prioritario para la dotación de dichos bienes y servicios. A partir de este momento recibió el impulso de las autoridades comunitarias en diversas ocasiones, sobre todo con los documentos que surgieron con posterioridad a la publicación del denominado Informe Kinnock y del Informe Van Miert, impulso que ha sido asumido por los Estados y por las autoridades comunitarias para relanzar estas infraestructuras, tal como se aprobó en el Consejo Europeo de Lisboa de marzo de 2000, en donde consideraban a los CPP un instrumento básico para la consecución de los objetivos de la denominada estrategia de Lisboa».

amplio, el *Private Finance Initiative*<sup>957</sup>, basado en el recurso al capital privado para la ejecución de las actuaciones públicas, total o parcialmente.

En el Derecho comunitario la recepción de la colaboración público-privada tuvo lugar a través de dos documentos de la Comisión Europea, concretamente mediante los Informes que llevaron el nombre de dos comisarios: KINNOCK y VAN MIERT, de los años 1997 y 2003, respectivamente<sup>958</sup>. En el año 2004 se produce un hecho capital en la evolución de los CPP, que consiste en la aprobación por parte de la Comisión Europea del «Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones», aprobado el 30 de abril de 2004<sup>959</sup>, que utilizando una definición muy extensa de los contratos que nos ocupan: «*En general se refieren a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio*», pretendió iniciar un amplio proceso de consulta pública para el rápido desarrollo de este tipo de asociaciones, así como lograr el establecimiento de un marco reglamentario actualizado y atractivo de cara al sector privado y acorde a las previsiones aplicables en el ámbito de los contratos públicos.

Quiere decirse que en el marco del Derecho comunitario, aunque se albergue el punto de partida, no existe una única definición<sup>960</sup>. En cualquier caso, a pesar de que no

---

<sup>957</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 16 y ss.

<sup>958</sup> Debe precisarse que en esta época los órganos comunitarios europeos tenían entre sus objetivos primordiales la contención del gasto público, los déficits presupuestarios y el cumplimiento estricto del pacto de estabilidad y crecimiento, adoptado en Ámsterdam el 17 de junio de 1997. El art. 104 del Tratado había impuesto la regla de que «*los Estados miembros evitarán déficits públicos*», habilitando a las autoridades comunitarias para la imposición de sanciones en los supuestos en que se superaran los umbrales máximos.

<sup>959</sup> Debe señalarse que el Libro Verde distingue dos tipos de CPP: a) la CPP de tipo puramente contractual, basada en vínculos exclusivamente contractuales, y b) la CPP de tipo institucionalizado, que implica una cooperación en una entidad diferente y puede conducir a la creación de una entidad *ad hoc* de participación conjunta, o al control de una entidad pública por un operador privado. Esta distinción no tiene en cuenta las calificaciones jurídicas del Derecho español.

<sup>960</sup> De hecho, la enorme disparidad de fórmulas asociativas utilizadas por los países de la UE para la creación de grandes infraestructuras, la provisión de equipamientos avanzados y la prestación de servicios públicos cada vez más complejos ha ocasionado que ni quiera la denominación esté consensuada entre los Estados miembros de la UE. Así lo indica COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, B., «El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en el ordenamiento jurídico español: orígenes, características y naturaleza de una experiencia exitosa», *Noticias jurídicas*, octubre 2009.

haya consenso sobre su verdadera denominación<sup>961</sup> -debido a la gran variedad de fórmulas asociativas, utilizadas por los distintos Estados miembros integrantes de la Unión Europea-, dicho Libro cita las siguientes características en estas relaciones:

- a) La larga duración de la relación comercial, lo que implica que la Administración pública y el socio privado deban colaborar en numerosos aspectos del proyecto, tales como el diseño, la construcción, la ejecución o la financiación, a título meramente enunciativo.
- b) El modo de financiar el proyecto, parcialmente garantizado por el sector privado.
- c) La concentración del operador privado especialmente en el plano económico-financiero, mediante la definición de objetivos en términos de calidad, preferencias estratégicas y políticas de precios.
- d) La distribución de riesgos entre la Administración pública y el sector privado, según los criterios que se pacten en la correspondiente relación de cooperación.

La finalidad del Libro Verde consistía -y así lo consiguió- en «*iniciar un debate en torno a la mejor manera de garantizar que las operaciones de CPP puedan desarrollarse en un ambiente de competencia real y claridad jurídica*». Como novedad fundamental, afirma que el objetivo de la colaboración sería garantizar la financiación, construcción, gestión y mantenimiento de una infraestructura o bien la prestación de un servicio.

Continuando con esta línea, el Derecho europeo estableció un marco general, que había de rellenarse en cada operación contractual concreta.

Por todo ello, de la evolución de la CPP en el ámbito comunitario, se percibe que este recurso ha estado en la base de la política europea de infraestructuras de los últimos años, pero caracterizada por una gran imprecisión y flexibilidad.

A pesar de sus ventajas, la propia Comisión Europea ha insistido en que su utilización conlleva riesgos, por lo que es conveniente quitarle la apariencia de solución

---

<sup>961</sup> HERRERO MAZARÍO, C. y GUTIÉRREZ RIZALDOS, F., «Los medios de financiación privada del sector público», RECUERDA GIRELA, M.Á. (dir.), *La morosidad del sector público...*, op. cit., p. 944.

milagrosa que puede proporcionar y que desde ciertos ámbitos se fomenta<sup>962</sup>. Aunque sí se le haya reconocido el carácter de política positiva para la atracción de los inversores privados, plantea la problemática de que las infraestructuras son muy difíciles de amortizar y comportan los denominados “costes hundidos”<sup>963</sup>.

### 6.5.2. Incorporación a nuestro ordenamiento jurídico

Esta corriente intensa que se estaba desarrollando en Europa se incorporó en nuestro país a través de diversas líneas de actuación. A pesar de que el contrato sea de reciente integración, en España se han empleado formas de colaboración entre el sector privado y el sector público desde hace tiempo<sup>964</sup>.

En una perspectiva institucionalizada, desde el punto de vista jurídico, se ha percibido desde el año 2005<sup>965</sup> por los poderes públicos, la necesidad de incorporar la colaboración público-privada a la legislación española como una figura autónoma<sup>966</sup>. Como se ha señalado, este propósito se llevó a cabo en el momento de la promulgación de la LCSP, el 30 de noviembre de 2007, pero no son éstos los únicos antecedentes, sino que ya existían otros anteriormente.

---

<sup>962</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte... op. cit.* pp. 19 y 20.

<sup>963</sup> MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 341, explica: «(...) plantea la cuestión, no menor, de que las infraestructuras para las que se reclama la colaboración privada son instalaciones esenciales para la convivencia, bien de carácter económico o social (carreteras, aeropuertos, suministro de electricidad o agua; hospitales, centros educativos, etc.), muy difíciles de amortizar; comportan lo que en la terminología económica se denominan “costes hundidos”, cuya amortización es siempre larga (más de lo que el inversor privado está dispuesto a esperar), cuando no decididamente imposible».

<sup>964</sup> HERRERO MAZARÍO, C. y GUTIÉRREZ RIZALDOS, F., «Los medios de financiación privada del sector público», RECUERDA GIRELA, M.Á. (dir.), *La morosidad del sector público...*, *op. cit.*, pp. 947-948.

<sup>965</sup> El acuerdo del Consejo de Ministros, de 25 de febrero de 2005 (BOE de 2 de abril de 2005), por el que se adoptan mandatos para poner en marcha medidas de impulso de la productividad es el precedente del contrato de colaboración en el Derecho interno, al obligar al Ministerio de Economía y Hacienda, en el mandato 44º, «a incorporar en el anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público por el que se transpondrá la Directiva 2004/18/CE, además de las normas necesarias para la completa y correcta transposición de la Directiva al Derecho interno, una regulación de los contratos de colaboración entre el sector público y el privado, para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, así como los mecanismos legales adecuados que permitan identificar la proposición más ventajosa presentada por los licitadores a fin de garantizar la obtención del mayor valor posible como contrapartida a los recursos financieros aplicados al contrato».

<sup>966</sup> En efecto, en la práctica, las Administraciones Públicas estaban utilizando modalidades de colaboración público-privada para la construcción de una gran cantidad de infraestructuras.



El primer precedente del contrato de colaboración público-privada puede hallarse en la Ley General de Obras Públicas, de 13 de abril de 1877, que permitía a particulares y compañías explotar obras públicas destinadas al uso general mediante concesiones otorgadas a tal efecto. Al respecto, el art. 7 establecía: «*Pueden correr a cargo de particulares o compañías, con arreglo a las prescripciones generales de esta Ley y a las especialidades de cada clase de obras: 1º las carreteras y ferrocarriles en general; 2º los puertos; 3º los canales de riego y navegación; 4º la desecación de lagunas y pantanos; 5º el saneamiento de terrenos insalubres*». Continuaban los capítulos VI, VII y VIII de la misma norma estableciendo la regulación de las obras ejecutadas por los particulares, para las cuales no se pedía subvención ni ocupación del dominio público; aquéllas para las cuales sí se pedía subvención, pero no ocupación del dominio público; y, finalmente, aquéllas para las que sí se solicitaba ocupación de dicho dominio. Ya en 1877 se reguló de forma expresa la posibilidad de que los particulares realizaran obras públicas mediante la articulación de un instrumento jurídico determinado: la concesión<sup>967</sup>.

La segunda forma de colaboración la encontramos en el Real Decreto-ley, de 28 de julio de 1928, de regulación de las cooperaciones y auxilios de los usuarios industriales en las obras de regularización y aprovechamiento de los ríos, en el que se reconoce la necesidad de iniciativa de los usuarios industriales en las obras de los ríos.

El siguiente precedente fue introducido por el Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, que afirmaba que los servicios locales podían prestarse mediante concesión administrativa, salvo en los casos en los que la gestión directa fuese obligatoria.

Posteriormente, con el Decreto 923/1965 se universalizan las actividades susceptibles de gestión, pues como se indicaba en el art. 63 el Estado podía «*gestionar indirectamente, mediante contrato, todos los servicios de su competencia siempre que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares y mientras no impliquen el ejercicio de poderes soberanos*».

En los años setenta se aprobó en España la Ley 8/1972, de 10 de mayo, sobre construcción, conservación y explotación de las autopistas en régimen de concesión, que vuelve a reflejar la apuesta de España por las fórmulas contractuales de índole

---

<sup>967</sup> BRIERA DALMAU, C., «Los contratos de colaboración entre los sectores público y privado...», *op. cit.*, pp. 121-122.

asociativa. La norma supuso la adaptación de fórmulas de colaboración público-privada a sectores específicos, como es el caso de las autopistas y los ferrocarriles.

En el momento inmediatamente previo a la aprobación de la LCSP, debe citarse el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que regulaba cinco formas típicas de relación contractual entre la Administración pública y los operadores privados: el contrato de obra; el contrato de gestión de servicios públicos, que permitía las siguientes modalidades: concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta; el contrato de suministro; los contratos de consultoría y asistencia y de servicios; y el contrato de concesión de obras públicas.

También conviene precisar que la LCSP, en su art. 24, se refería a la colaboración de las entidades privadas con la Administración pública en el marco de *«la ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración, y ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares»*.

Sin perjuicio de lo anterior, una de las mayores novedades que introduce esta LCSP es la incorporación del nuevo contrato típico<sup>968</sup> denominado contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Antes de esta norma no existía tal contrato, pero se hizo necesario al pretender unificar las distintas figuras que habían venido identificándose bajo el género de colaboración público-privada, para dotar de seguridad jurídica a unas operaciones y generar confianza en el inversor privado. A pesar del esfuerzo, el encaje de aquellas figuras ha sido bastante complicado<sup>969</sup>.

---

<sup>968</sup> RIDAO MARTÍN, J., «La colaboración público-privada en la dotación de infraestructuras públicas. La situación actual en España y las alternativas al actual marco regulador», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 94, 2012, p. 183, defiende: *«En realidad, el legislador del CCPP creó en el marco de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, una supuesta nueva modalidad contractual que no es, en realidad, más que una especie de estructura de alojamiento de los distintos contratos típicos reconocidos en la legislación de contratación pública (obras, concesión de obras, gestión de servicios públicos, suministro y servicios). Prueba de esto es que se rige por las normas generales comunes a todos los contratos y por las especiales correspondientes al contrato típico cuyo objeto se corresponde a la prestación principal»*.

<sup>969</sup> CARLÓN RUIZ, M., «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *op. cit.*, p. 616.

## 6.6. MOTIVOS QUE JUSTIFICAN LA INCORPORACIÓN DE ESTOS CONTRATOS

### 6.6.1. Causas generales

Si bien los condicionantes fiscales y presupuestarios juegan un papel importante en el auge de la CPP, han influido, además, factores como el incremento de la eficiencia respecto a las fórmulas tradicionales de contratación; la necesidad de proveer ciertos servicios que sin esa colaboración no podrían ser prestados; la adquisición de capacidades comerciales, de gestión e innovación del sector privado; el traspaso de riesgos relevantes al agente que tiene mayor capacidad de gestionar y controlarlos; la reducción de los gastos de capital público o su liberalización para usos alternativos, introduciendo financiación privada; el fomento del uso múltiple de los equipamientos y la innovación de éstos, estimulando un uso más intensivo de los activos de capital; vincular resultados y costes, etc.<sup>970</sup>.

CARLÓN RUIZ analiza cuáles son las claves que explican la introducción de estas nuevas fórmulas contractuales; claves que se pueden englobar genéricamente en un concepto amplio de CPP<sup>971</sup>:

- 1) Conveniencia de atraer inversores privados a la financiación de las grandes infraestructuras públicas o a la prestación de ciertos servicios públicos, como reacción a las limitaciones presupuestarias, aumentada por las crecientes necesidades colectivas y lo impopular de las limitaciones presupuestarias.
- 2) Reducción o pérdida de fuentes de financiación tan intensas como los Fondos Europeos.
- 3) Tendencia a la externalización en la que se considera que los particulares están más preparados que la Administración, no sólo para construir, explotar o prestar determinadas obras o servicios, sino para hacer reconocibles para las Administraciones públicas las necesidades mismas que serán objeto sucesivo de un contrato.

---

<sup>970</sup> VÁZQUEZ GARRANZO, J., «Contrato de colaboración público-privada», PALOMAR OLMEDA, A. y PAREJO ALFONSO, L., *El nuevo marco de la contratación pública*, Bosch, Barcelona, 2012, p. 249.

<sup>971</sup> CARLÓN RUIZ, M., «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *op. cit.*, pp.656 y 657.

La idea general es, por tanto, ampliar los ámbitos de la acción privada, abriendo espacios antes reservados a la acción pública. Aprovechando la eficiencia económica y el potencial innovador de un sector privado competitivo, se le ofrece un papel fundamental en el desarrollo y en la aplicación de estrategias a largo plazo para grandes programas industriales, comerciales y de infraestructuras. Así lo contempla el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones, «Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP)», de 21 de octubre de 2010, que añade además como argumentos: «a) *reducir los gastos en infraestructuras; b) mejorar la distribución de riesgos entre los participantes públicos y privados; c) impulsar los esfuerzos en materia de viabilidad, innovación e investigación y desarrollo; y d) ampliar las cuotas de mercado de las empresas europeas en el ámbito de la contratación pública en los mercados de terceros países*».

Asimismo, en el citado Dictamen, el Comité Económico y Social Europeo argumenta que la optimización del factor tiempo (celeridad con que se permite iniciar el equipamiento público; mejora de los plazos de preparación y de estudios; y plazos de realización), la coherencia de un proyecto (el proyectista debe optimizar los procesos y la calidad de la construcción, dado que a continuación tendrá que asumir la explotación) y la eficacia económica máxima son, junto a la financiación, los motivos más importantes para optar por un contrato de colaboración entre el sector público y el privado. En efecto, el Dictamen del Consejo Económico y Social Europeo precisa que no sólo el argumento presupuestario es el fundamental, sino que coexisten con él otras justificaciones primordiales.

En cualquier caso, el razonamiento que más claramente puede explicar la expansión del fenómeno en los últimos tiempos ha sido la necesidad de buscar fórmulas que no computen como déficit público a los efectos del cumplimiento de las reglas de estabilidad presupuestaria impuestas para la consecución de la convergencia europea. La utilidad más buscada en este momento consiste en evitar, o al menos retrasar, el endeudamiento y el déficit público<sup>972</sup>.

#### **6.6.2. La decisión de EUROSTAT, de 11 de febrero de 2004, sobre el tratamiento contable en las cuentas nacionales de los contratos**

---

<sup>972</sup> GARCÍA CAPDEPÓN, P.M., «Los contratos de colaboración público-privada», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 3, 2005, p. 97.

**firmados por entidades públicas, en el marco de operaciones de colaboración con entidades privadas**

Uno de los factores que ha contribuido a la búsqueda de nuevas formas de colaboración entre el sector público y el sector privado por parte de los Estados miembros, ha sido la decisión de *Eurostat*, la Oficina Estadística de la Unión Europea, de 11 de febrero de 2004, sobre el tratamiento contable en las cuentas nacionales de los contratos firmados por entidades públicas en el marco de operaciones de colaboración con entidades privadas, a efectos de controlar su nivel de endeudamiento y el cumplimiento de las limitaciones de déficit presupuestario.

El establecimiento de esta guía sobre el tratamiento a efectos de la contabilidad nacional se consideró necesario como consecuencia del aumento de las formas de colaboración público-privada, distintas de la concesión o el contrato de obras o servicios.

En concreto, se implanta el criterio que permite determinar si los activos incluidos en una asociación público-privada deben clasificarse, desde el punto de vista contable, como activos no públicos y ser contabilizados fuera del balance de las Administraciones públicas, o, por el contrario, sí forman parte del mismo y, como resultado, deben clasificarse contablemente como públicos. Esta consideración, como podrá observarse, incide de forma contundente en el nivel de endeudamiento de las Administraciones, así como en sus obligaciones de estabilidad presupuestaria.

En efecto, dado que se recomienda que los activos incluidos en una asociación público-privada de larga duración se clasifiquen como activos no públicos, y por tanto sean contabilizados fuera del balance de las Administraciones públicas, si se cumplen determinadas condiciones, se permite contar con infraestructuras, equipamientos y servicios públicos de calidad sin necesidad de emplear fondos presupuestarios, lo que conlleva un aumento inmediato de la calidad de vida de los ciudadanos.

Se concilian de esta manera dos objetivos aparentemente contradictorios: la necesidad de incrementar la inversión en infraestructuras que soporta la prestación de servicios públicos competitivos y la exigencia de mantener unas finanzas públicas saneadas y cumplir con el principio de estabilidad presupuestaria.

Ciertamente, la capacidad de financiación del sector público exige atraer capital privado en condiciones que no afecten a la disciplina del conjunto presupuestario y, en

definitiva, que no perjudiquen los objetivos de la contabilidad nacional. Y la contabilización fuera del balance favorece esta finalidad, si bien no puede hacerse en cualquier circunstancia, sino que para que los activos vinculados a una operación de CPP no se consoliden en las cuentas de la Administración, deben cumplirse los siguientes requisitos, además de que el socio de la Administración pueda ser calificado de unidad institucional de mercado: dicho socio privado asuma el riesgo de construcción (1) y se responsabilice al menos, bien del riesgo de disponibilidad o bien del de demanda (2). Por ello, si la Administración asume el riesgo de construcción o, si el socio soporta únicamente el riesgo de construcción, pero ningún otro, los activos se clasifican en activos contabilizados de la Administración<sup>973</sup>.

---

<sup>973</sup> BRIERA DALMAU, C., en su trabajo «Los contratos de colaboración entre los sectores público y privado en la Ley de Contratos del Sector Público: fórmulas de colaboración y régimen de distribución del riesgo en dichos contratos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 149, 2011, p. 134, y GARCÉS SANAGUSTÍN, M., «Régimen jurídico de la financiación de las infraestructuras públicas», PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.), en la obra *Derecho de los bienes públicos, vol. IV, Protección y tráfico jurídico...*, *op. cit.*, p. 372, explican que la decisión de Eurostat del año 2004 indica qué debe entenderse por cada uno de estos conceptos:

- a) Riesgo de construcción: cubre situaciones como entregas con retraso, incumplimiento de los estándares especificados, costes adicionales, deficiencias técnicas, ejecución del contrato en contravención de las condiciones del contrato o efectos externos negativos. La obligación para la Administración de realizar pagos regulares al socio, sin haberse contabilizado el estado real de los activos podría evidenciar que las Administraciones asumen la mayoría de los riesgos constructivos y, por tanto, el activo debe computarse como público.
- b) Riesgo de disponibilidad: requiere indagar sobre la imputación de las consecuencias económicas ligadas al incumplimiento de las condiciones del contrato, ya sea en cuanto a calidad, cantidad o normas de seguridad. Consiste en no ser capaz de suministrar la cantidad contractualmente pactada o alcanzar la seguridad o niveles certificados públicamente, correspondientes a la prestación de servicios a los usuarios finales, definidos en el contrato. También se aplica al caso en el que el socio no alcanza los estándares de calidad relativos al suministro del servicio, determinados en el contrato, y se produce un evidente fallo por su parte. La Administración no estará obligada a asumir tal riesgo si está legitimada para reducir significativamente sus pagos periódicos, como cualquier cliente normal podría solicitar en un contrato comercial.
- c) Riesgo de demanda: supone identificar quién va a soportar los efectos económicos derivados de la variabilidad de la demanda por factores ajenos a la gestión del socio privado, es decir, cubre la variación de la demanda (mayor o menor que la esperada cuando se firmó el contrato), independientemente del comportamiento (gestión) del socio privado. Este riesgo sólo cubriría un cambio de la demanda que no resulte de una baja inadecuada de la calidad de los servicios suministrados por el socio o de cualquier acción que modifique la cantidad/calidad de los mismos. En cambio, surgiría de otros factores tales como el ciclo de negocios, las nuevas tendencias del mercado, la competencia directa u obsolescencia tecnológica. La Administración estará obligada a asumir el riesgo cuando se obligue a asegurar un determinado nivel de retribuciones al socio independientemente del nivel efectivo de la demanda expresado por el usuario final.

## 6.7. CARACTERÍSTICAS

En cuanto a su clasificación, debe indicarse que los contratos de colaboración público-privada son contratos calificados, sujetos a regulación armonizada y complejos.

1. «Calificados», nominados o típicos, porque la Ley los llama por un nombre y los define atendiendo a cuál sea su sujeto<sup>974</sup>.
2. Sujetos a regulación armonizada, como indica el art. 13<sup>975</sup>, que les atribuye esta particularidad con independencia del valor estimado o cualquier otro factor.
3. Complejos al estar implicada la ejecución de una serie de prestaciones complejas o afectadas de una cierta indeterminación inicial. Procederá celebrar un contrato de este tipo cuando el órgano de contratación no se encuentre objetivamente capacitado para definir los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidades u objetivos, o para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto. Por tanto, la Administración o entidad contratante no está en condiciones de definir los términos del contrato por no poder concretar los medios técnicos, los mecanismos jurídicos o financieros, y así lo debe hacer constar en el documento de evaluación que debe realizar con carácter previo a la iniciación del correspondiente expediente de contratación.

Además, estos contratos disponen de una serie de características singulares, que los separan de las formas tradicionales en las que Administración y particulares llegan a un resultado común en aras del interés general. Estas características son las siguientes<sup>976</sup>:

---

<sup>974</sup> CHINCHILLA MARÍN, C. «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público...», *op. cit.*, p. 612, indica que esta es la categorización que se deduce del art. 5 que, además, lleva por rúbrica «Calificación de los contratos». «*En mi opinión, esta forma de dividir los contratos del sector público en contratos calificados según la LCSP y el resto de los contratos, viene a coincidir plenamente con la tradicional división entre contratos típicos o nominados y contratos atípicos o no nominados, con una novedad y es que ahora los contratos típicos o nominados no son un subtipo de los contratos administrativos, (...)*».

<sup>975</sup> «*Son contratos sujetos a una regulación armonizada los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, en todo caso (...)*».

<sup>976</sup> MORENO MOLINA, J.A., «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y sector privado», MORENO MOLINA, J.A., y PLEITE GUADAMILLAS, F. (coords.), *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2011, pp.1301 y ss.

1. La Administración y el contratista participan en común en la preparación del proyecto, en la determinación de sus variantes, y en los desarrollos y ejecución de las previsiones del contrato<sup>977</sup>.
2. La duración relativamente larga de la relación, que puede llegar a los veinte años, salvo que por su objeto se le aplique el régimen de la concesión de obras públicas, lo que implica la cooperación entre el sector público y el privado en diferentes aspectos del proyecto que se va a realizar<sup>978</sup>.
3. Financiación privada de la operación e importancia del papel del operador económico. El contratista puede asumir la dirección de la obra; la realización total o parcial de los proyectos para la ejecución de la misma y, finalmente, contratar los servicios precisos.
4. La regulación de las actuaciones preparatorias más complejas que en el resto de contratos, pues incluyen una evaluación previa en la que la Administración ha de justificar específicamente los motivos que la llevan a recurrir a esta modalidad contractual en lugar de a las clásicas y a la elaboración de un programa funcional de la operación.
5. La aplicación del diálogo competitivo, lo que refleja un alto grado de protagonismo del contratista en el diseño de la operación.
6. El reparto de los riesgos entre el sector público y el privado, entre la Administración y el operador privado. Dicho reparto se realiza en función de quien sea el que esté en mejor condición para afrontarlo, es decir, intentando la asignación a quien mayor capacidad tenga para asumirlo, evaluarlo, controlarlo y gestionarlo.

---

<sup>977</sup> Es característico que los contratistas se comprometan a prestar a las Entidades públicas contratantes un servicio total que va desde la formulación del proyecto a su ejecución y, ulteriormente, a la gestión y mantenimiento de las obras y servicios. Son contratos complejos, tanto en las prestaciones que incorporan como en los sujetos participantes públicos o privados. En efecto, a diferencia de otras modalidades contractuales en las que la Administración adopta un papel protagonista, en las CPP la Administración y el contratista se involucran desde un primer momento. Exceden así de la relación tradicional bilateral entre la Administración pública y la entidad contratista. El operador privado de este tipo de contratos va a tener atribuidas una serie de importantes obligaciones que podrían otorgarle un mayor protagonismo que el que suelen tener los contratistas adjudicatarios clásicos.

<sup>978</sup> En la contratación tradicional, la Administración goza del protagonismo, pero en la colaboración público-privada la Administración y el operador privado colaboran para definir y delimitar, con la mayor claridad posible, todos los aspectos de la relación contractual.



7. Los pagos no se producen como contraprestación por la construcción de la infraestructura, sino por la utilización de la misma o por la explotación del servicio de mantenimiento, susceptible de valoración económica.
8. La incorporación de los niveles de calidad como factor de determinación de la cuantía que se abona por la Administración o por el ciudadano. Esto se traduce en la imposición de sanciones en los casos en los que no se llegue al nivel mínimo de calidad pactada.

## **6.8. ELEMENTOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS**

### **6.8.1. Elementos subjetivos**

Como señala el art. 11 del TRLCSP, en estos contratos, *«una Administración Pública, Entidad Pública Empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas encarga a una Entidad de Derecho privado (...) la realización de una actuación global e integrada (...)»*.

En la redacción originaria de la LCSP, el contrato sólo podía ser celebrado por las Administraciones públicas, es decir, la referencia genérica al sector público que integraba la denominación del contrato, se veía restringida al concepto más estricto de Administraciones públicas<sup>979</sup>. En definitiva, sólo las Administraciones públicas podían ser parte contratante de un contrato entre el sector público y el sector privado. La LCSP clasificaba estos contratos como administrativos y excluía de esta consideración a las Entidades Públicas Empresariales estatales, los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y las Entidades locales. Lo mismo cabía afirmar, en relación con los consorcios que tampoco se mencionaban en el art. 3.2<sup>980</sup>.

---

<sup>979</sup> En consecuencia, la celebración se reservaba a las Administraciones, en los términos del art. 3.2 TRLCSP, apartándose del art. 3.1, por lo que se privaba de la posibilidad de celebrar estos contratos a las Entidades Públicas Empresariales y sociedades públicas, aunque éstas acometieran proyectos complejos basados en estructuras negociales de reparto de riesgos entre el colaborador público y el privado. La única excepción era la relativa a la Entidad Pública Empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), que fue modificada por la Disposición final quinta de la LCSP.

<sup>980</sup> El art. 3.2 del TRLCSP concreta cuáles son las Administraciones Públicas a los efectos de la legislación contractual pública: *«Dentro del sector público, y a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de Administraciones Públicas los siguientes entes, organismos y entidades: a) Los mencionados en las letras a) y b) del apartado anterior; b) Los Organismos Autónomos; c) Las Universidades Públicas; d) Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y e) las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna*

Todo ello cambia con la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que se refiere a toda Administración pública, Entidad Pública Empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas<sup>981</sup>.

En cualquier caso, sí debe tenerse presente los efectos en uno y otro caso son diversos. Si el contrato de colaboración es adjudicado por una Administración pública, éste tendrá la consideración de contrato administrativo [art. 19.1 a)] y quedará íntegramente sometido a las previsiones de la Ley relativas a la preparación, adjudicación, ejecución y extinción del contrato (art. 19.2). Además, la jurisdicción contencioso-administrativa será la competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción (art. 21.1). En cambio, si el contrato de colaboración se adjudica por una Entidad Pública Empresarial u organismo similar, ya no será administrativo, sino privado (art. 20.1). La consecuencia es que será el Derecho privado el aplicable para regular los efectos y la extinción del contrato (art. 20.2) y únicamente corresponderá al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación (por ser un contrato sometido a regulación armonizada en todo caso, *ex art. 21.2*). De esta forma, será la jurisdicción civil, de conformidad también con las previsiones del art. 21.2, la competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los mismos.

El contratista puede ser una Entidad de Derecho privado o incluso de Derecho público, constituida por una o varias Administraciones públicas.

---

*de las características siguientes: 1.ª Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o 2.ª Que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios. No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las Entidades Públicas Empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales; f) Los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, en lo que respecta a su actividad de contratación; g) Las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación».*

<sup>981</sup> No obstante, se sigue optando por un ámbito subjetivo de aplicación limitado, a diferencia de lo que ocurre con los restantes contratos típicos del TRLCSP.

### **6.8.2. Elementos objetivos**

Como puede observarse del art. 11 del TRLCSP, el objeto del contrato de colaboración público-privada se centra en dos elementos. Por un lado, la realización de una actuación global e integrada que va a consistir, en la ejecución de una de las posibles actuaciones recogidas en el art. 11.1, la cual, además, va a ser financiada por el socio privado. Por otro, la finalidad a que debe obedecer la actuación global e integrada es lograr satisfacer determinados objetivos de servicio público, o relacionados con actuaciones de interés general.

De esta manera, lo que caracteriza objetivamente al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado es la búsqueda de una actuación global e integrada, además de la financiación de inversiones inmateriales para el cumplimiento de objetivos de servicio público o actuaciones de interés general.

Las actuaciones deben estar referidas a:

- b. La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización, renovación, explotación o gestión.
- c. La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.
- d. La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada.
- e. Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general.

Las prestaciones, objeto de esta modalidad contractual, son lo suficientemente amplias e indeterminadas, como para englobar todas las actuaciones encaminadas a la satisfacción de un interés general, complejas y que cuenten con cierta indeterminación inicial acerca de cómo abordarlas.

#### ***A) La actuación global e integrada***

Como dispone el art. 11, estas actuaciones globales e integradas van a ser aquéllas en las que el contratista no sólo va a asumir la realización de una de las actuaciones antes enumeradas, sino que, junto a ellas, el socio privado de la Administración va a tener que hacerse cargo de la «*financiación de inversiones*

*inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general».*

No obstante, a pesar de la importancia de la financiación del contrato, la LCSP no abordó el tema, remitiéndose en la Disposición Adicional décima a una Ley posterior. Actualmente, el TRLCSP sí se ocupa de él al haber integrado tanto las disposiciones relativas a la captación de financiación privada que se encontraban en el ya derogado Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP) respecto del contrato de concesión de obras públicas, como las disposiciones que se incluyeron en la Ley de Economía Sostenible relativas a los contratos de colaboración.

Centrándonos en la financiación, el art. 315.1 del TRLCSP dispone: *«La financiación de los colaboradores privados en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, en los supuestos en que por razón del objeto tengan naturaleza de concesión de obra pública, se llevará a cabo en las condiciones y términos previstos para este último contrato».* El apartado segundo prevé: *«La regulación de la financiación de los adjudicatarios de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado en los supuestos no previstos en el apartado anterior se regirá por las siguientes normas:*

*a) Cuando se determine el régimen de remuneración del contratista, con el alcance previsto en artículo 136, letras d), e) y f) de esta Ley, podrán establecerse previsiones sobre las garantías que conforme a lo previsto en las disposiciones reguladoras de la financiación privada de las concesiones de obras públicas puede obtener el contratista para la captación de la financiación necesaria para la ejecución de contrato.*

*b) El contrato preverá un régimen de notificación por el contratista de las operaciones financieras que concierte para la financiación del contrato.*

*En el caso de que proceda la resolución del contrato, el órgano de contratación, antes de acordar ésta, dará audiencia a los acreedores por si éstos ofrecen subrogarse en el cumplimiento del contrato, directamente o a través de una entidad participada, en condiciones que se consideren compatibles con su buen fin, siempre que reúnan los requisitos exigidos al adjudicatario.*

c) *Cuando la ejecución del contrato lleve aparejados costes de inversión iniciales y se prevea que las obras o equipamientos que se generen vayan a incorporarse al patrimonio de la entidad contratante al concluir o resolverse el contrato, podrá establecerse que, cuando proceda la resolución del contrato, la entidad contratante pueda poner a disposición de los acreedores una cantidad no superior al 80 por ciento del coste real de las inversiones realmente ejecutadas detrayendo esta cantidad de la liquidación del contrato»<sup>982</sup>.*

En el caso en que el contrato de colaboración adopte la variante de concesión de obra pública, la financiación del socio privado se regirá por las disposiciones recogidas en los arts. 259 a 265 del TRLCSP.

En estos se recogen tres vías de financiación: la emisión de valores, la hipoteca de la concesión y los créditos participativos.

### ***B) Actuaciones de interés general***

Como se ha percibido, este tipo de contratos será de aplicación, no sólo en relación con actuaciones relativas a servicios públicos que hayan sido asumidos como propios por la Administración encomendante, sino también con otro tipo de actuaciones que vayan a satisfacer el interés general, pero que no sean imprescindiblemente de servicios públicos en sentido estricto.

---

<sup>982</sup> HERNANDO RYDINGS, M., *La colaboración público-privada...*, op. cit., pp. 384 y ss., argumenta que a pesar de que se recoja un régimen propio para la financiación de los contratistas colaboradores y, por tanto, distinto del aplicable a las concesiones de obras públicas, en realidad la distinción es sólo aparente. «Varios son los argumentos que apoyan esta conclusión. En primer lugar, por cuanto el apartado segundo comienza realizando una remisión a las disposiciones aplicables a los concesionarios de obras públicas, al autorizar que en el clausulado del contrato de colaboración se puedan prever garantías que conforme a lo previsto en las disposiciones reguladoras de financiación privada de las concesiones de obras públicas puede obtener el contratista para la captación de la financiación necesaria para la ejecución del contrato. En segundo lugar, porque al tratar el régimen de comunicación de las operaciones de financiación que concierne el contratista-colaborador, la letra b) sólo exige que las mismas sean notificadas en la forma que se prevea en el clausulado del contrato. Y, en tercer lugar, por cuanto el resto de las previsiones recogidas en las letras b) in fine y c), del citado artículo, no disciplinan propiamente las operaciones de financiación, sino que hacen referencia a las especialidades que deberán observarse en el caso de que, habiéndose concertado una operación de financiación, finalmente se resuelva el contrato de colaboración correspondiente».

## 6.9. RAZONES PARA RECURRIR A LA UTILIZACIÓN DE ESTOS CONTRATOS

### 6.9.1. Ventajas

Para justificar el recurso a estos instrumentos novedosos, se proporcionan por parte de sus defensores, varias razones<sup>983</sup>:

1ª Llamamiento a una versión de la solidaridad intergeneracional, en el sentido de que con los contratos de CPP, que se suelen abonar a lo largo de toda la vida de la infraestructura, se permite que no sea una generación la que corra con el coste de construcción de la que se van a beneficiar generaciones futuras<sup>984</sup>.

2ª Supuesta superioridad técnica de los socios privados para afrontar el proceso de construcción de infraestructuras y proveer los servicios añadidos. El socio privado podría estar en muchas ocasiones más preparado que la Administración no sólo para construir, explotar o prestar determinados servicios, sino incluso para hacer consciente a la Administración de las necesidades mismas que puedan ser objeto de un sucesivo contrato.

3ª Razones de índole presupuestaria, como los problemas tradicionales de ausencia de dinero para afrontar todas las infraestructuras que hacen falta, así como control de costes y plazos de ejecución.<sup>985</sup>

4ª Optimización de los recursos del operador privado, pues en la contratación tradicional el operador privado solamente se responsabiliza de entregar un activo o de desarrollar una obra en un tiempo determinado. En cambio, la colaboración público-privada requiere que el operador privado también garantice que los activos

---

<sup>983</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte... op. cit.* pp. 26 y ss.

<sup>984</sup> Se atiende así al hecho de que muchas de las obras públicas tienen un período de vida largo, que comprende varias generaciones. Por este motivo, se plantea si no sería más justo procurar la distribución del coste de su implantación y hacer contribuir a los beneficiarios de futuras generaciones al pago de su coste.

<sup>985</sup> MORENO DE CASTRO, E., «Formas jurídicas de colaboración público-privada en el Derecho español: orígenes europeos y evolución de la regulación de los diferentes modelos de colaboración», *Oñati Socio-legal Series*, vol. 2, núm. 4, 2012, p. 88, defiende que este sistema es ventajoso para el socio público, que puede seguir invirtiendo en bienes y servicios, y ofreciendo respuestas a las necesidades sociales, en el marco de la normativa de estabilidad presupuestaria. Se consigue una mejora de la eficacia y eficiencia de la inversión pública de la Administración. «En muchas ocasiones se ha acudido a la colaboración público-privada para llevar a cabo proyectos de inversiones que no hubieran sido posibles dentro de las disponibilidades presupuestarias».

proporcionen un nivel de servicio requerido por el sector público, que gestione la entrega del proyecto, que asegure el correcto funcionamiento y que mantenga y renueve los activos de modo efectivo, de tal modo que los servicios se presten sin interrupción y con niveles satisfactorios a largo plazo.

5ª Posibilidad de dejar fuera del balance de la Administración las operaciones objeto de estos contratos.

También la Comisión Europea ha fundamentado las ventajas de utilizar estas fórmulas de colaboración público-privada y de su impulso. Estas razones se resumen en tres factores<sup>986</sup>: el primero, económico, relativo a las restricciones presupuestarias; el segundo factor es la eficiencia-eficacia en el funcionamiento de la vida pública, a conseguir mediante el aprovechamiento de los conocimientos y métodos de funcionamiento del sector privado, y el tercero gira en torno a la evolución del papel del Estado en el ámbito económico, al pasar de operador directo a organizador, regulador y controlador.

#### **6.9.2. Elementos claves a la hora de decidir la celebración de un contrato de CPP**

La toma de decisiones previa a la celebración de un contrato de CPP es un proceso que implica el análisis de, al menos, cinco elementos clave<sup>987</sup>; elementos que constituyen la plasmación de las condiciones *sine qua non* para la viabilidad de una CPP: el proyecto debe contar con objetivos precisos y mensurables, y ser viable en todas sus dimensiones, es decir, existir una posibilidad real de satisfacción de dichos objetivos, viable y sostenible desde todos los puntos de vista, político, jurídico, financiero y medioambiental.

Deben estudiarse las alternativas de gestión, con el fin de determinar, dada la complejidad de los sistemas de CPP, si, a largo plazo, posee o no ventajas competitivas reales.

Es fundamental que exista un beneficio para el socio privado participante en el proyecto, pues si no existe posibilidad real de que el prestador del servicio o desarrollador del proyecto reciba una retribución adecuada por el riesgo operativo que

---

<sup>986</sup> BRUNETE DE LA LLAVE, M.T., *Los contratos de colaboración público-privada...*, op. cit., p. 50.

<sup>987</sup> BURNETT, M., «La colaboración público-privada en los servicios públicos locales. Una perspectiva desde la experiencia europea», *Revista de Estudios Locales*, núm. extraordinario, 2007, pp. 59-71.

asume, la CPP no funcionará. La capacidad de retorno financiero del proyecto en su conjunto debe ser suficientemente sólida, para garantizar que el socio financiero recupere su aportación en el caso de que cumpla los términos del proyecto.

### 6.9.3. Inconvenientes

A pesar de las ventajas defendidas por varios sectores, estos contratos no quedan exentos de inconvenientes<sup>988</sup>. Las principales críticas existentes, carencias o deficiencias, que lleva consigo la celebración de los mismos, son las siguientes<sup>989</sup>:

1ª La pérdida del control de la Administración, pues implica compartir la toma de decisiones, hecho que no siempre será positivo. En efecto, no se puede argumentar que el sector privado sea más eficiente por sí mismo que el sector público y que su participación sea siempre positiva, sino que es algo que ha de verificarse caso por caso.

2ª La complejidad del proceso y sus elevados costes en el tiempo, recursos y dinero exige contar con una información detallada previa que no siempre se tiene, con lo cual podrían aumentar los riesgos de falta de seguridad jurídica, arbitrariedad y mala administración.

3ª El pago por los usuarios en la prestación de algunos servicios, que no siempre están dispuestos a hacerlo. Además, al diferirse el pago a ejercicios futuros, se están afectando los presupuestos de entonces.

---

<sup>988</sup> Debe indicarse también que, a pesar de destacar las ventajas, la propia Comisión advierte que si bien es cierto que la cooperación entre los sectores público y privado puede ofrecer ventajas microeconómicas, al permitir realizar un proyecto con la mejor relación calidad/precio y preservar al mismo tiempo los objetivos de interés público, no es posible, sin embargo, presentar dicha cooperación como una solución milagrosa para el sector público, que tiene que hacer frente a restricciones presupuestarias. Asimismo, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 21 de octubre de 2010, al que antes hacíamos referencia, indica también las principales causas del fracaso de estas operaciones: «a) *La insuficiente transparencia en algunos países o en el caso de algunos contratos o de los estudios de viabilidad económica, los informes de resultados, etc. entre los socios públicos y privados, incluida la subcontratación a otras empresas, lo que limita el control democrático;* b) *las eventuales presiones que pueden ejercerse para que los políticos emprendan determinadas CPP, incluso aunque supongan un aumento de los costes, porque con las CPP, los proyectos de infraestructura pueden realizarse antes, si se compara con la ejecución convencional con cargo a la financiación presupuestaria, en razón de las normas presupuestarias de Eurostat;* c) *la ausencia, en algunos casos, de una verdadera evaluación previa que permita una elección objetiva tanto del procedimiento de CPP como del adjudicatario del contrato;* d) *en determinadas circunstancias, una distribución de los riesgos entre el sector público y el privado basada en el principio de auténtica asociación entre las partes implicadas;* y e) *por último, en ciertos casos, lagunas en el control por parte de las autoridades públicas competentes».*

<sup>989</sup> ACERETE GIL, J.B., *Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público-privadas...*, op. cit., p. 24.



4ª Debido a la gran dimensión de los proyectos de CPP en términos de tiempo y presupuesto, las posibilidades de acontecimientos imprevistos se multiplican y el riesgo de encontrar dificultades insalvables aumenta, especialmente en el caso de los riesgos políticos, ya que pocos gobiernos cuentan con una experiencia consolidada, por lo que se asimila a la privatización.

5ª La rendición de cuentas cuya delimitación puede ser difusa respecto al modo tradicional de prestación de servicios.

6ª El posible servicio de mala calidad debido a problemas financieros, disputas laborales u otras circunstancias.

7ª La falta de competencia, si no existen suficientes operadores para asegurarla.

8ª La imposibilidad de servir para la ejecución de cualquier equipamiento; hay proyectos de infraestructuras que no son realizables a través de la CPP, sea por su naturaleza, sea por la rentabilidad esperada, ya que los operadores privados sólo concurrirán a la licitación de proyectos de larga duración si ofrecen expectativas de rentabilidad económica suficiente, y la que se observa es cada vez más escasa porque las infraestructuras más rentables suelen estar ya ejecutadas.

9ª Los errores en el proceso de selección, etc.

Por todo lo anterior, puede verse que la CPP puede ser una solución eficaz para garantizar una infraestructura o para ofrecer un servicio público, sin perjuicio de advertir que no siempre es la solución ideal, y que sólo después de un análisis de los objetivos concretos se podrá decidir<sup>990</sup>.

El reto será la aplicación de la colaboración público-privada al ámbito social. La CPP puede incrementar la eficiencia y la calidad del servicio público, pero para ello es necesario un alto grado tanto de aceptación social de la gestión privada de lo público, como de compromiso del sector privado con el interés público. En este sentido, el sector privado debe abandonar la perspectiva del negocio a corto plazo, en aras de asumir un rol de gestor a largo plazo y de cambio del modelo cliente-proveedor al de socio

---

<sup>990</sup> RIVERO ORTEGA, R., *Derecho Administrativo económico...*, op. cit., p. 586.

público, proporcionando un servicio de calidad superior al modelo inmediato anterior de la gestión pública<sup>991</sup>.

## **6.10. EL CONTENIDO DEL CONTRATO DE COLABORACIÓN**

### **6.10.1. Reparto de riesgos entre el contratista y la Administración**

Los contratos de colaboración deberán ser, en principio, ejecutados a riesgo y ventura del contratista. No obstante, el art. 215 del TRLCSP contiene una importante matización cuando señala: «*La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 231, y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado*».

Esto determina que, aunque en este tipo de contratos se pueda proceder a distintos repartos de riesgos, quedando, por tanto, matizada la regla general de que los mismos deben ejecutarse a riesgo y ventura del contratista, en ningún caso debe implicar que el reparto de riesgos resulte desequilibrado en contra de la Administración, sin transferir al sector privado la mayor parte de riesgos de construcción y de disponibilidad o demanda.

La imputación de estos riesgos al contratista cobra especial importancia porque la retribución de éste se va a determinar en función de la disponibilidad de la prestación y, en definitiva, de la calidad con que proporcione las prestaciones objeto del correspondiente contrato de colaboración. Además, el adecuado reparto de riesgos entre las partes es uno de los elementos clave que permitirán justificar, en la evaluación previa, que el contrato de colaboración presenta un mayor valor por precio que otras fórmulas de contratación, y que, por tanto, procede licitarlo.

Finalmente, hay que tener en cuenta que si se cumplen los criterios de *Eurostat*, la Administración podrá obtener importantes ventajas presupuestarias y evitar que este tipo de operaciones se consoliden en su balance. Éste es uno de los mayores atractivos del contrato, ya que si no se lograra el efecto de la desconsolidación contable en el balance público, aquel posiblemente no sería utilizado.

---

<sup>991</sup> BRUNETE DE LA LLAVE, M.T., *Los contratos de colaboración público-privada...*, op. cit., pp. 55-56.

### **6.10.2. Remuneración del contratista**

La retribución del contratista presenta un especial interés por dos motivos. En primer lugar, porque al vincularse con el cumplimiento de determinados niveles de calidad en la prestación (los denominados pagos por disponibilidad), la retribución podría ser un elemento diferenciador entre el contrato de colaboración y otros contratos próximos al mismo, como el de concesión. Pero además, porque está íntimamente relacionada con el valor añadido que deben presentar los contratos de colaboración; cuestión que se configura como uno de los presupuestos que determinan su viabilidad.

Tradicionalmente, en los contratos administrativos se aplicaba el principio del mantenimiento del equilibrio financiero y el de riesgo y ventura del contratista. En la CPP, teniendo en cuenta que la empresa privada deberá asumir los riesgos que le son propios por su condición de empresario e inherentes a la actividad que va a desarrollar, nos encontramos que el concepto de un precio a cambio de que el empresario soporta todo el riesgo y ventura de la operación se ha modificado, puesto que la Administración debe asumir los riesgos derivados de los cambios de las coyunturas políticas y económicas.

El art. 11.4 del TRLCSP se refiere a la contraprestación que percibe el contratista y la vincula a la fijación de bases y criterios, que tengan en cuenta los costes de inversión, de funcionamiento y de financiación, así como al establecimiento de mecanismos que permitan calcular las pertinentes revisiones durante la ejecución del contrato que se trate; de donde se deduce que el habitual principio de asunción del riesgo y ventura por el contratista cede, y se permite un cierto reparto, ya que la Administración fijará criterios que permitan hacer frente a las posibles variaciones en los costes que puedan producirse durante la ejecución del contrato.

Partiendo de ello, el art. 136 del TRLCSP se ocupa de la cuestión, disponiendo que se deben concretar: *«los objetivos de rendimiento asignados al contratista, particularmente en lo que concierne a la calidad de las prestaciones de los servicios, la calidad de las obras y suministros y las condiciones que son puestas a disposición de la Administración».*

De esta forma, la fijación de los objetivos de rendimiento, que deben ser asignados al contratista posibilita que la Administración u órgano contratante pueda supervisar la actuación del mismo, pero además que sean utilizados como base a la hora de determinar la remuneración del contratista, a través de los pagos por

disponibilidad, es decir, al cumplimiento de determinados niveles de calidad en la prestación por parte del contratista<sup>992</sup>.

### 6.11. PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN

El TRLCSP establece distintas reglas determinantes del procedimiento de estos peculiares contratos. El Capítulo VI del Título II del Libro IV de la Ley, se refiere a ellos específicamente. Sin embargo, no se agotan en estos preceptos las previsiones que ofrece la Ley. A lo largo de su articulado se pueden identificar otras reglas que afectan específicamente a los mismos. Las especialidades comunes son las siguientes<sup>993</sup>:

#### A) *Fase de preparación: evaluación previa*

Con carácter previo a la iniciación de un expediente de contrato de colaboración, la Administración debe elaborar un «documento de evaluación», en el que ponga de manifiesto que, habida cuenta la complejidad del contrato, la Administración no está en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato, y efectuar un análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justifiquen en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la adopción de esta fórmula de contratación (art. 134.1 del TRLCSP)<sup>994</sup>.

---

<sup>992</sup> Por ello, la letra e) del art. 136 prevé que el contrato deba especificar: «*Las causas y procedimientos para determinar las variaciones de la remuneración a lo largo del período de ejecución del contrato*». Asimismo, como indica la letra f), el contrato deberá establecer: «*Las fórmulas de pago y, particularmente, condiciones en las cuales, en cada vencimiento o en determinado plazo, el montante de los pagos pendientes de satisfacer por la Administración y los importes que el contratista debe abonar a ésta como consecuencia de penalidades o sanciones pueden ser objeto de compensación*». Se trata, en definitiva, de vincular el cumplimiento de los objetivos de calidad a la retribución del contratista, de forma que las variaciones en detrimento de la calidad del servicio o prestación que gestiona el operador privado tengan un efecto determinante, directo y automático sobre la retribución que va a percibir.

<sup>993</sup> CARLÓN RUIZ, M., «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado»... *op. cit.*, pp. 673 y ss.

<sup>994</sup> Quiere decirse que el mismo puede definirse como el documento preceptivo del procedimiento de contratación del contrato de CPP, que contiene los elementos básicos que informarán el diálogo competitivo con los contratistas y que se incluirá en el documento descriptivo del contrato. En particular, ha de hacerse constar en este programa funcional la naturaleza y dimensión de las necesidades a satisfacer, los elementos jurídicos, técnicos o económicos mínimos que deben incluirse necesariamente las ofertas para ser admitidas y los criterios de adjudicación del contrato. En realidad, como ha puesto de manifiesto el Consejo de Estado, el programa funcional es el documento que sustituye a los pliegos de condiciones. Este documento de evaluación es siempre necesario, aunque pueda realizarse de forma

Se elaborará por un órgano colegiado integrado por expertos con cualificación suficiente en la materia, a la que se refiera el contrato<sup>995</sup>. La participación de esos técnicos es una garantía de que la selección de aquellos que resulten invitados al diálogo se efectuará teniendo en cuenta las cuestiones técnicas. El segundo elemento necesario para la tramitación es el denominado programa funcional, que contendrá los elementos básicos que informarán el diálogo con los contratistas. Particularmente, la naturaleza y dimensión de las necesidades a satisfacer, los elementos jurídicos, técnicos o económicos mínimos que deben incluir necesariamente las ofertas para ser admitidas al diálogo competitivo y los criterios de adjudicación del contrato.

### ***B) Fase de tramitación: el diálogo competitivo***

El contrato se adjudica mediante el diálogo competitivo. Los arts. 179 a 183 del TRLCSP regulan un nuevo procedimiento de selección de contratistas que bajo la denominación de diálogo competitivo tiene por finalidad promover un intercambio de posiciones entre el órgano contratante y los diferentes candidatos para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa<sup>996</sup>. Es un procedimiento dirigido por el órgano de

---

concisa cuando concurren razones de urgencia no imputables a la Administración o entidad contratante, que aconsejen utilizar el contrato de CPP para atender las necesidades públicas (art. 134.2 del TRLCSP). En este ámbito, debe indicarse que cuando, en cambio, un órgano integrado en la misma Administración o entidad que aquél que pretenda realizar el contrato, o en la Administración de la que dependa éste o a la que se encuentre vinculado hubiese efectuado previamente la evaluación previa, no sucinta por razones de urgencia, para un supuesto análogo, no será necesario realizar una nueva (art. 134.4 del TRLCSP).

<sup>995</sup> Este órgano es la Mesa Especial del Diálogo Competitivo, la cual tendrá la composición de la Mesa de Contratación, y siguiendo lo dispuesto en el art. 320.2 del TRLCSP en relación con el art. 21.2 del Real Decreto 817/2009, de Contratos del Sector Público y de conformidad con las previsiones del art. 321 del TRLCSP estará compuesta por un Presidente, un Secretario, al menos, cuatro vocales, así como personas especialmente cualificadas en la materia sobre la que verse el diálogo. El número de estos miembros especialistas en la materia no debe ser inferior a tres ni representar menos de la tercera parte de los miembros de la mesa y participarán de las deliberaciones con voz y voto. Todos ellos serán designados por el órgano de contratación.

<sup>996</sup> El diálogo competitivo es un nuevo procedimiento de adjudicación, introducido por la Directiva 2004/18/CE (art. 29) y previsto para los contratos particularmente complejos, entendiéndose por tales aquellos «en los que el organismo adjudicador no sea objetivamente capaz de establecer la organización jurídica o financiera, o ambas, de un proyecto». La esencia de este procedimiento de adjudicación, cuya incorporación al Derecho interno es opcional para los Estados, consiste en que entre el organismo público y los candidatos a ser adjudicatarios del contrato se establece un diálogo con vistas a encontrar soluciones que satisfagan las necesidades que el poder adjudicador pretende cumplir con el contrato. El apartado 8 del Preámbulo de la citada Directiva ha declarado que: «Antes del lanzamiento de un procedimiento de adjudicación de un contrato, los poderes adjudicadores mediante un diálogo técnico pueden solicitar o aceptar asesoramiento que podrá utilizarse para determinar el pliego de condiciones, siempre que dicho asesoramiento no tenga como efecto impedir la competencia»; mientras que el art. 11 c) lo define en los siguientes términos: «Un procedimiento en el que todo operador económico puede solicitar su participación y en el que el adjudicador dirige un diálogo con los candidatos admitidos a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades, soluciones que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta».

contratación, en el que sobre la base de las ofertas inicialmente presentadas, y bajo garantía de reserva de la información confidencial facilitada por los licitadores, se suceden diferentes conversaciones bilaterales entre cada candidato, a fin de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta. Es, por tanto, un procedimiento de baja intensidad regulatoria y desnormativizado, en tanto que del diálogo con los diferentes licitadores no se conserva documentación alguna<sup>997</sup>.

Para la apertura de los procedimientos, los órganos de contratación publicarán, en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Boletín Oficial del Estado<sup>998</sup>, un anuncio de licitación en el que darán a conocer sus necesidades y requisitos, que definirán en dicho anuncio. Se plantea así una doble fase sucesiva a la evaluación previa: una primera en la que se seleccionarán candidatos, y una segunda en la que éstos serán invitados a presentar una oferta. Publicado el anuncio de licitación, el art. 164.1 del TRLCSP prevé que el plazo de recepción de las solicitudes de participación de los interesados, no puede ser inferior a treinta y siete días, a partir de la fecha del envío del anuncio al DOUE. El órgano de contratación debe determinar, después de compararlas, si es preciso -no siendo claro en qué casos no sea “preciso” efectuar dicha comparación-, las soluciones que puedan responder a sus necesidades. Tras declarar el diálogo e informar de ello a todos los participantes, el órgano les invitará a que presenten su oferta final, basada en la solución o soluciones presentadas y especificadas durante la fase de diálogo, indicando la fecha límite; la dirección en que quede enviarse y la lengua o lenguas en que pueden estar redactadas, si se admite alguna otra lengua además del castellano.

---

<sup>997</sup> A través de este procedimiento de diálogo competitivo, la colaboración del particular se desarrolla durante todo el proceso contractual. En él, el órgano de contratación, asistido por la Mesa Especial de Diálogo Competitivo, en los procedimientos seguidos por las Administraciones públicas estatales, dirige un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades, y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta. Durante el diálogo, el órgano de contratación dará un trato igual a todos licitadores y, en particular, no facilitará, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto.

<sup>998</sup> Si se trata de contratos de las Comunidades Autónomas, entidades locales u organismos o entidades de Derecho público dependientes de las mismas, se podrán publicar, además, en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales. La regla general del art. 142.1, relativa a que la publicidad, en caso de admitirse, en los boletines o diarios autonómicos o locales sustituye a la realizada en el BOE, no es aplicable en el caso del contrato de colaboración al estar éste siempre sometido a regulación armonizada. Para estos casos, rige lo previsto en la última parte de ese apartado que dispone: «*Cuando los contratos estén sujetos a regulación armonizada, la licitación deberá publicarse, además, en el Diario Oficial de la Unión Europea, sin que en este caso la publicidad efectuada en los diarios oficiales autonómicos o provinciales pueda sustituir a la que debe hacerse en el Boletín Oficial del Estado*».

Por último, el órgano de contratación evaluará las ofertas presentadas por los licitadores en función de dichos criterios de adjudicación establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo.

### ***C) Adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa***

El órgano de contratación proseguirá el diálogo hasta que se encuentre en condiciones de determinar las soluciones que puedan responder a sus necesidades. Con esta finalidad, evaluará las ofertas presentadas y seleccionará la económicamente más ventajosa. Además de exigir que la valoración se haga considerando varios criterios y no sólo el precio ofertado, se prevé la posibilidad de que el órgano solicite a los licitadores «precisiones y aclaraciones» sobre las ofertas presentadas<sup>999</sup>.

Tras este peculiar procedimiento dialogado, se habrá de fijar el contenido del contrato de colaboración; en rigor, de cada contrato en particular, si bien la Ley establece una serie de pautas.

Se valorarán las distintas proposiciones, en los términos previstos en la Ley, clasificándolas en orden decreciente de valoración y propondrá al órgano de contratación la adjudicación provisional a favor de aquel de los licitadores que hubiese presentado la proposición que contuviese la oferta económicamente más ventajosa según proceda de conformidad con el pliego que rija la licitación.

Examinadas las ofertas, la Mesa formulará propuesta de adjudicación provisional al órgano de contratación, en resolución motivada. A continuación, adjudicado definitivamente y publicado en el DOUE y en el BOE si el contrato es adjudicado por una Administración pública, éste deberá formalizarse en documento administrativo que se ajuste a las condiciones de la licitación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público. No obstante, el contratista podrá solicitar que el contrato se eleve a escritura pública<sup>1000</sup>.

---

<sup>999</sup> Esta segunda oportunidad, otorgada al órgano contratante, para pedir aclaraciones y, especialmente, la ratificación de los compromisos que configuran en la oferta, no ha estado exenta de crítica, debido al riesgo de que el adjudicatario cayera en la tentación de proceder a modificar algo ya afirmado.

<sup>1000</sup> DE ÁLVARO MONTERO, A., «Las nuevas modalidades contractuales y el mantenimiento...», *op. cit.*, pp. 671-672. Los contratos de colaboración formalizados deben incluir las normas generales contenidas en el art. 26, esto es, «a) La identificación de las partes, b) La acreditación de la capacidad de los firmantes para suscribir el contrato, c) Definición del objeto del contrato, d) Referencia a la legislación aplicable al contrato, e) La enumeración de los documentos que integran el contrato. Si así se expresa en el contrato, esta enumeración podrá estar jerarquizada, ordenándose según el orden de

## 6.12. LA DURACIÓN DE LOS CONTRATOS DE CPP

El TRLCSP ha previsto para estos contratos un plazo de duración relativamente corto. A pesar de que el art. 11 señala que la duración vendrá determinada en función del tiempo de amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, por lo que al comienzo será desconocida, el art. 314 advierte que la regla general será que la duración de estos contratos no podrá exceder de veinte años; plazo que se exceptuará en los supuestos en que el régimen aplicable sea el propio de los contratos de concesión de obras públicas, en cuyo caso podrá alcanzar los cuarenta<sup>1001</sup>.

Por lo tanto, los contratos de colaboración tienen prevista una duración máxima de veinte años, salvo que por razón de la prestación principal del mismo sea aplicable el régimen de las concesiones de obra pública, dispuesto en el art. 268 del TRLCSP, que prevé: «1. Las concesiones de construcción y explotación de obras públicas se otorgarán por el plazo que se acuerde en el pliego de cláusulas administrativas particulares, que no podrá exceder de 40 años. 2. Los plazos fijados en los pliegos de condiciones sólo podrán ser prorrogados por las causas previstas en el art. 258.3.3 (...)». Por otro lado, tampoco queda clara la posible aplicación de prórrogas a este contrato, en los casos en que no sea aplicación este citado art. 268<sup>1002</sup>.

---

prioridad acordado por las partes, en cuyo supuesto, y salvo caso de error manifiesto, el orden pactado se utilizará para determinar la prevalencia respectiva, en caso de que existan contradicciones entre diversos documentos, f) El precio cierto, o el modo de determinarlo, g) La duración del contrato o las fechas estimadas para el comienzo de su ejecución y para su finalización, así como la de la prórroga o prórrogas, si estuviesen previstas, h) Las condiciones de recepción, entrega o admisión de las prestaciones, i) Las condiciones de pago, j) Los supuestos en que procede la resolución, k) El crédito presupuestario o el programa o rúbrica contable con cargo al que se abonará el precio, en su caso, l) La extensión objetiva y temporal del deber de confidencialidad que, en su caso, se imponga al contratista»; las normas especiales correspondientes al tipo de contrato que se suscriba cuyo objeto corresponda con la prestación principal y las normas establecidas en el clausulado del contrato, previamente establecidas dentro de la fase de preparación, estipulaciones referidas a los siguientes aspectos, tal y como indica el art. 136 del TRLCSP.

<sup>1001</sup> Dispone el referido precepto lo siguiente: «La duración de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado no podrá exceder de 20 años. No obstante, cuando por razón de la prestación principal que constituye su objeto y de su configuración, el régimen aplicable sea el propio de los contratos de concesión de obra pública, se estará a lo dispuesto en el artículo 268 sobre la duración de éstos».

<sup>1002</sup> HERNANDO RYDINGS, M., *La colaboración público-privada...*, op. cit., p. 519, explica: «Es cierto que este artículo no las prohíbe expresamente, pero tampoco contiene ninguna mención a las mismas cuando determina la duración máxima del contrato de colaboración. Quizá podría entenderse que, al no estar prohibidas expresamente y siempre que se hiciera una mención expresa a las mismas en el clausulado del contrato de colaboración, podrían admitirse, siempre y cuando la duración total del contrato, incluidas aquéllas, no superase el límite de los veinte años».



Sea por agotamiento del plazo, sea por cualquiera de las causas de extinción del contrato, que sean aplicables en función de su peculiar objeto, cuando finalice el contrato, se plantea el problema del destino de las obras y equipamientos objeto del mismo. Este extremo tendrá que haber sido precisado en el propio contrato y, por sí mismo, tendrá notable incidencia en el régimen económico, según revierta o no a la Administración lo que, en su caso, hubiera sido construido.

## **6.13. LA APLICACIÓN REAL DE LOS CONTRATOS DE CPP**

### **6.13.1. Panorama europeo**

Centrándose en el ámbito europeo, debe señalarse que la utilización de las CPP alcanza su máximo histórico en 2007, y toca fondo en 2009, para repuntar, tímidamente aún, en 2010, manteniéndose en términos similares en 2011.

El entorno continental se sigue caracterizando por el liderazgo del Reino Unido en cuanto al número de proyectos que utilizan fórmulas de CPP, acompañado por una importante actividad en Francia y un paulatino decrecimiento en España, cuyas cifras son cada vez menores<sup>1003</sup>.

### **6.13.2. Situación española**

En España han existido experiencias asimilables a las formas de CPP modernas desde el siglo XIX, aunque la recepción de las técnicas más actuales se produce tardíamente respecto a otros países. Es a partir de la segunda mitad de la década de 1990 cuando, como complemento a amplios programas de desregulación de servicios generales prestados por el sector público, se generaliza el uso de fórmulas de CPP contemporáneas.

Normativamente, es la reforma de 2003 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP), con la incorporación

---

<sup>1003</sup> MERINO ESTRADA, V. y RIVERO ORTEGA, R., «Medidas para la sostenibilidad económica local», PORTILLO NAVARRO, M.J. y MERINO ESTRADA, V. (coords.), *Crisis económica y Entidades Locales...*, op. cit., p. 580, precisan: «En lo que se refiere al tipo de proyectos, el estudio del European PPP Expertise Centre (EPEC) muestra en 2011 una continuidad en la tendencia a la reducción del número de proyectos y al incremento de su presupuesto individual. Tras un largo período en el que las CPP, al amparo de una coyuntura financiera especialmente boyante, se iban aplicando, cada vez más, a proyectos de tamaño medio, el mercado parece volver a exigir una dimensión importante para asegurar la rentabilidad y viabilidad de los proyectos. Ello es achacable al alargamiento de los plazos de amortización de las inversiones por la exigencia de mayores flujos económicos, en presencia de tipos de interés inciertos».

del contrato de concesión de obras públicas, la que claramente hace posible los nuevos modelos de CPP, que utilizan algunas Comunidades Autónomas.

Este avance general no ha sido, sin embargo, equilibrado, ni por sectores ni por niveles territoriales. Las normas aplicables al efecto desde 2007 han estado más presididas por el ánimo de evitar infortunios que por el de facilitar la gestión de proyectos, por lo que las nuevas fórmulas contractuales han devenido prácticamente inútiles. Todo ello se refleja en las cifras de contratos suscritos bajo la nueva forma de contrato administrativo de colaboración entre el sector público y el sector privado.

En estos 6 años desde la entrada en vigor de la LCSP, los anuncios de licitación de esta clase de contratos no han sido numerosos. En concreto, a nivel ministerial, se ha convocado, por parte de los Ministerios de Economía y Hacienda; Empleo y Seguridad Social; Justicia; Defensa e Industria, Turismo y Comercio, la licitación de siete contratos, en su mayoría para la mejora de la eficiencia energética y prestación de servicios energéticos, sin que en ninguno de esos casos conste la publicación de la formalización ni adjudicación definitiva<sup>1004</sup>.

En cuanto a las Comunidades Autónomas, son diez los contratos cuya convocatoria se anuncia y cinco los que fueron formalizados, siendo la mayor parte de ellos en la Comunidad Autónoma de Cataluña<sup>1005</sup>. Sus cometidos principales englobaban actuaciones integradas en el sector sanitario; aprovisionamiento de conectividad y telecomunicaciones; y mejora de la eficiencia energética.

Por último, en el ámbito local, tan sólo catorce contratos fueron convocados a licitación y seis de ellos adjudicados definitivamente, sin que ninguno haya tenido lugar en el año 2013. El mantenimiento, reforma y mejora de la eficiencia energética de las instalaciones y edificios; la transformación de gas natural; los servicios hidráulicos y la instalación de una red inalámbrica municipal son los objetivos principales para los cuales se pretende la celebración de estos contratos de CPP.

En esta misma línea, el ritmo de utilización de otras fórmulas que se incluyen dentro del amplio concepto de colaboración público-privada contractual ha sido más o

---

<sup>1004</sup> Estos datos pueden consultarse en el BOE de 22 de julio de 2009; 15 de septiembre de 2010; 28 de abril de 2011; 30 de junio de 2011; 15 de diciembre de 2011; 10 de mayo de 2012 y 27 de abril de 2013.

<sup>1005</sup> La Comunidad Autónoma catalana convocó la licitación de seis contratos en los Boletines Oficiales del Estado de fecha 2 de diciembre de 2011; 9 de junio de 2013 y 5 de agosto de 2013. La únicas adjudicaciones definitivas quedan reflejadas el 8 de noviembre de 2011, y el 1 y 4 de diciembre de 2012.

menos constante, pero de volumen reducido, con las variaciones propias de los ciclos marcados por la coyuntura financiera y política.

Esta situación es debida, entre otros factores, a la necesidad de introducción de reformas, requeridas por los contratos de CPP, no sólo en la organización y en los hábitos de la Administración, sino también en los de las empresas contratistas y empresas financieras. Las empresas constructoras deben diversificar sus estructuras productivas para asumir, como corresponde, los riesgos constructivos y de utilización. Esto quiere decir que el adjudicatario ha de ver directamente comprometida su remuneración en la contención de los costes de ejecución y en el buen funcionamiento del servicio que la obra preste. En definitiva, las empresas han de tecnificarse, buscar soluciones fiables para controlar la fase de mantenimiento y entender los proyectos con una mentalidad más comprometida con el medio y largo plazo.

También los cambios en el panorama de los suministradores tienen que ser amplios y la Administración debe despejar muchas incógnitas para que los proyectos sean atractivos a las entidades financieras y a las empresas concesionarias.

#### **6.14. LA COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO EN EL DERECHO COMPARADO**

Para abordar el estudio de estos contratos en Derecho comparado debe acudir, entre otros, a los ordenamientos jurídicos francés y anglosajón. Ciertamente, las experiencias internacionales más interesantes las encontramos en estos países, en los cuales se utilizan regularmente contratos de este tipo.

##### **6.14.1. FRANCIA**

El Estado francés ha concedido siempre una gran importancia a las infraestructuras y, especialmente, desde un punto de vista histórico, a las infraestructuras de transporte y comunicación. Desde el siglo XIX la participación del sector privado no ha cesado de diversificarse, tanto en sus campos de aplicación como en sus modalidades jurídicas<sup>1006</sup>. No obstante, el gran auge y desarrollo de los esquemas

---

<sup>1006</sup> RUIZ OJEDA, A.; MARCOU, G., y GOH, J., *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España (elementos comparativos para un debate)*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 28 y ss. No sólo el ferrocarril, sino también los primeros servicios urbanos en red, se desarrollaron tomando como base contratos de concesión o contratos derivados de la concesión. Además, el poder público ha seguido utilizando estos contratos cuando las circunstancias le han llevado a sustituir un operador público por uno privado. La experiencia francesa en

modernos de colaboración público-privada de origen británico, comenzó en 2002, como consecuencia de la llegada al poder de los conservadores y su deseo de reformar y modernizar el Estado y sus Administraciones. Desde entonces, comenzaron a introducirse estos nuevos tipos de fórmulas de colaboración público-privada.

Hoy en día existen principalmente tres grandes tipos de contratos que permiten a la Administración recurrir al sector privado para la financiación de inversiones: la concesión de servicio público o *delegation du service public*, el *marché d'entreprise des travaux publics* (en adelante METP) y el *contrat du partenariat*, considerado como el antecedente inmediato de nuestro contrato de colaboración.

La noción de concesión tiene un origen muy antiguo en el Derecho francés y es anterior a la aparición de la noción de servicio público. Su razón de fondo consiste en «conferir a un particular el derecho a explotar ciertos bienes en lugar de la Administración»<sup>1007</sup>. Sin embargo, la aplicación de la concesión al servicio público ha modificado parcialmente el sentido de la institución<sup>1008</sup>.

Los METP se encuentran muy próximos a la concesión desde un punto de vista económico porque la empresa financia la inversión de la que se libera así la Administración, y amortiza esta inversión durante la explotación<sup>1009</sup>. Se trata de un contrato por el que una empresa está encargada, por una parte, de la realización y de la financiación de una obra pública y, por otra, de la explotación del servicio o de la obra durante un cierto período de tiempo, a cambio del pago de un precio durante la vigencia del contrato. No obstante, el hecho que el METP autorizara una “deuda disfrazada” de la Administración y que el art. 350 del *Code des marchés publics* prohibiese este tipo de

---

materia de financiación privada de infraestructuras y equipamientos, es, por tanto, muy rica y diversificada.

<sup>1007</sup> RICHER, L., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, Paris, 2006, pp. 518 y ss.

<sup>1008</sup> RUIZ OJEDA, A.; MARCOU, G., y GOH, J., *La participación del sector privado... op. cit.*, pp.38 y ss. De la antigua filosofía de la concesión persiste el que el concesionario haga la explotación en su nombre, por su propia cuenta y riesgo y a sus expensas; pero son las leyes del servicio público las que dominan el régimen de concesión.

<sup>1009</sup> Quiere decirse que el METP es similar a la concesión en dos aspectos: la empresa financia la inversión, de la que libera así a la Administración, y amortiza esta inversión durante la explotación. Asimismo, porque, al igual que en la concesión, el titular del METP es el explotador del servicio público o de la obra pública, y es remunerado no sólo por haber establecido la obra, sino también por asegurar su mantenimiento y la gestión en curso. Sin embargo, se distinguen, esencialmente, por la naturaleza de las relaciones entre la Administración competente y la empresa; por una parte, y entre ésta y los usuarios por otra, y por el objeto del mismo que consiste en suministrar una prestación a la Administración contratante, que es el *maître de l'ouvrage* y el *maître du service*, en virtud de lo cual paga un precio a la empresa gestora.

operaciones con el fin de mantener el rigor presupuestario público, ocasionó que esta modalidad cayera en desuso.

Por último, el contrato de *partenariat*, introducido mediante la Ordenanza de 17 de junio de 2004<sup>1010</sup>, es un contrato administrativo por el cual el Estado o un Ente público del Estado, encarga a un tercero, por un período determinado, en función de la duración de amortización de las inversiones o de modalidades de financiación, una misión global, teniendo por objeto la construcción o transformación, mantenimiento, explotación o gestión de obras, equipamientos o bienes inmateriales necesarios para el servicio público, participando en todo o parte de su financiación<sup>1011</sup>. Para poder acudir a este tipo contractual, es necesario que concurra una de las dos condiciones siguientes: que la ejecución del proyecto en cuestión resulte sumamente dificultosa, o que su ejecución resulte urgente o inaplazable para el interés general.

De conformidad con las previsiones de la *Circulaire du 20 novembre de 2005 relative aux contrats de partenariat à l'attention des collectivités territoriales*, este contrato se presenta como un instrumento particularmente adaptado para la realización de proyectos tales como infraestructuras escolares, edificios y servicios sanitarios y sociales, el alumbrado público y la señalización, la red viaria, el estacionamiento y el transporte, la informatización de los servicios públicos locales, los equipamientos culturales y deportivos, los proyectos de acondicionamiento urbano o turístico, o ciertas infraestructuras relacionadas con el agua, el saneamiento o los residuos.

---

<sup>1010</sup> El art. 1 de la Ordenanza núm. 2004-559, de 17 de junio, define este contrato como un contrato administrativo por el que el Estado o un establecimiento público estatal confía a un tercero, por un período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las modalidades de financiación, un proyecto global que tenga por objeto la construcción o la transformación, el mantenimiento, la explotación o la gestión de obras, equipamientos o bienes inmateriales necesarios para el servicio público, al igual que toda o parte de su financiación.

<sup>1011</sup> Su contenido mínimo necesario se concreta en el art. 11, que establece que deben incluirse las cláusulas relativas a su duración; las condiciones según las cuales se establece la distribución de los riesgos entre la autoridad pública y su contratista; los objetivos de ejecución asignados al contratista, especialmente en lo que se refiere a la calidad de la prestación de los servicios; la calidad de las obras, equipamientos o bienes inmateriales; las condiciones en las que se ponen a disposición de la autoridad pública y, llegado el caso, su frecuencia de uso; la retribución del contratista, teniendo en cuenta, de forma diferenciada, los costes de inversión, los costes de funcionamiento y los costes de financiación y, en su caso, los ingresos que el contratista puede ser autorizado a obtener por la explotación del dominio, las obras, los equipos o bienes inmateriales, en el marco de operaciones no relacionadas con el servicio público que no perjudiquen a la autoridad pública; las razones y los procedimientos de las modificaciones del contrato; y las modalidades de pago; las obligaciones del contratista; las modalidades de control que ostenta la autoridad pública en relación con la ejecución del contrato; las sanciones y penalidades aplicables en caso de incumplimiento del contratista; las condiciones en las que puede procederse a la modificación de ciertos aspectos del contrato o a su suspensión o anulación; las consecuencias de la resolución del contrato; las modalidades de prevención y de regulación de litigios y las condiciones en las que se puede recurrir al arbitraje.

En otro orden de consideraciones, hay que señalar que la remuneración del contratista debe ser abonada por la entidad pública correspondiente a lo largo de la vida del contrato y estará ligada al cumplimiento de determinados estándares de calidad y disponibilidad<sup>1012</sup>. El incumplimiento de estos objetivos justifica la imposición de una penalización económica al socio privado, consistente en una disminución en la retribución.

Este *contrat du partenariat* puede ser adjudicado a través de tres procedimientos distintos: el diálogo competitivo, un procedimiento negociado o un procedimiento abierto, si bien el primero de ellos se prevé únicamente para aquellos casos en que la Entidad pública se encuentre objetivamente imposibilitada para concretar sola y por adelantado, el marco técnico, jurídico o económico del proyecto<sup>1013</sup>.

Finalmente, ha de precisarse que el régimen de riesgos, es una de las cuestiones centrales de este tipo de operaciones de colaboración. Con carácter general, los riesgos que resultan del contrato se valoran, caso por caso, según las características propias de cada proyecto y los objetivos perseguidos por la autoridad pública, teniendo en cuenta cuál es la parte contractual que se encuentra en mejor posición para asumirlos, desde un punto de vista técnico, económico y financiero.

---

<sup>1012</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *Instrumentos de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*, Civitas, Madrid, 2010, p. 49, afirma que la retribución presenta tres elementos característicos: en primer lugar, la retribución puede extenderse a toda la vida del contrato y las inversiones iniciales no tienen por qué retribuirse en el momento de su recepción, sino que los pagos pueden extenderse durante toda la fase de explotación. Para el cálculo de la retribución, la Ordenanza exige que se diferencie entre los costes de inversión, de funcionamiento y de financiación. Por otro lado, la retribución puede vincularse a objetivos de resultado y su incumplimiento puede determinar la imposición de penalizaciones económicas al contratista, consistiendo en una disminución de su retribución. Finalmente, ésta puede combinar diferentes elementos ya que el socio privado puede percibir ingresos directos correspondientes a la prestación ejecutada, pero también puede percibir ingresos suplementarios de explotación como consecuencia de un uso del servicio que es adicional al que ya tiene asignado como principal.

<sup>1013</sup> Las autoridades adjudicadoras de los contratos son el Estado o los establecimientos públicos del Estado, los Entes locales y los establecimientos públicos locales, y los hospitales públicos. Además, en la evaluación necesaria participa la *Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat*. Se trata de un organismo integrado en el Ministerio de Economía y Finanzas, regulado por el Decreto núm. 2004-1119, de 19 de octubre. Su tarea incluye el asesoramiento a las autoridades públicas en la elaboración de proyectos que se instrumentan mediante el *contrat de partenariat*.

## **6.14.2. REINO UNIDO. EL ORIGEN DE LOS *PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIPS: PRIVATE FINANCE INITIATIVE***

### ***A) Cuestiones fundamentales***

En Reino Unido lo que se ha dado en llamar el *Private Finance Initiative* (en adelante PFI) fue originariamente propuesto por el Gobierno de John Major en 1992 y anunciado por el entonces Ministro, Norman Lamont. No obstante, durante los primeros años de la década de los ochenta, los gobiernos no eran nada partidarios de permitir que la financiación privada pudiera coadyuvar en la ejecución de proyectos públicos. Sin embargo, fue necesario, y así se intentó, impulsar un profundo proceso de redefinición de la política económica y del papel del Estado, introduciendo mecanismos de gestión y de financiación del sector privado en los proyectos de las Administraciones públicas. De esta forma, la razón fundamental que determinó la creación de la PFI fue la obligación de resolver la tensión existente entre las limitadas oportunidades con las que contaba el sector público para aumentar sus ingresos con las crecientes demandas sobre la necesidad de aumentar el gasto público.

### ***B) Los objetivos de la PFI***

El PFI es una fórmula mediante la que el sector público contrata con el sector privado la prestación de unos servicios cuya ejecución se extiende durante un período de tiempo que suele comprender entre quince y treinta años<sup>1014</sup>. La ejecución del contrato se financia con capital privado y su realización corresponde normalmente a una empresa a la que se asigna en exclusiva tal finalidad. El sector privado soporta los riesgos que resultan de una inadecuada prestación del servicio. Junto con lo anterior, el otro motivo que justificaba este tipo de iniciativa era permitir mejorar las infraestructuras y la prestación de servicios públicos, sin que hiciera falta utilizar los escasos fondos públicos ni incrementar los impuestos<sup>1015</sup>.

---

<sup>1014</sup> El PFI está concebido como un instrumento para el efectivo aprovechamiento de las capacidades de gestión del sector privado en la provisión de dotaciones de servicio público y de los servicios a ellas asociados. Su objetivo principal es, por un lado, la necesidad de involucrar el sector privado en la prestación de servicios y, por otro, cambiar el papel tradicional que tenía asumido el sector público de titular y prestador de servicios, a uno consistente en facilitar dicha prestación, llegando incluso a adquirirlos del sector privado y asumir una tarea de supervisión de los intereses de los consumidores finales. El motivo del cambio de papel del sector público se justificaba en la creencia de que éste debía ocuparse de una serie de funciones básicas y que el sector privado debía asumir aquellas que pudiese realizar con una mayor eficacia y eficiencia que aquél.

<sup>1015</sup> HERNANDO RYDINGS, M., *La colaboración público-privada...*, op. cit., pp. 66-67.

Por ello, el PFI se sitúa entre la privatización -aunque se diferencia de ésta en la asunción del papel de supervisión y dirección por parte del sector público- y el *contracting-out* -asumiendo, además, en el PFI la financiación del proyecto-, puesto que se introduce en el sector privado actividades que previamente se consideraban reservadas en exclusiva al sector público.

### C) Caracteres de la PFI y estructuras organizativas involucradas en la misma

Estos contratos se caracterizan por cuatro notas fundamentales.

En primer lugar, debe señalarse que el criterio rector del PFI es el *value for money* (valor por dinero), es decir, la efectividad, eficiencia y economía en la gestión del gasto<sup>1016</sup>. Se define como la combinación óptima de costes y calidad para la ejecución de un bien o servicio de acuerdo con las exigencias de los usuarios. Así, la principal característica de este tipo de proyectos es que los mismos deben ofrecer el *value for money* y el sector público sólo deberá utilizarlos cuando la aplicación de los esquemas de la PFI permita ofrecer un mayor valor por dinero que el que se obtendría si se recurriera a fórmulas convencionales de contratación pública.

El sector público debe afrontar los pagos correspondientes, los cuales dependerán del grado de cumplimiento del sector privado<sup>1017</sup>. Así, es preciso que los

---

<sup>1016</sup> RUIZ OJEDA, A.; MARCOU, G., y GOH, J., *La participación del sector privado... op. cit.*, p. 102. El *value for money* es el instrumento mediante el cual se analiza la eficiencia de un proyecto de CPP, para lo cual se tienen en cuenta factores como la óptima asunción de los riesgos por cada parte; los costes generados durante todo el desarrollo del proyecto; la planificación y el diseño integrado de los servicios relacionados con las instalaciones; la posibilidad de potenciales oferentes de desarrollar mecanismos innovadores para satisfacer las necesidades del servicios; la experiencia y habilidades técnicas tanto del sector público como privado; el establecimiento de incentivos suficientes dentro de la estructura de la CPP; la duración del contrato; la gestión del tamaño y la complejidad del proyecto, con el fin de asegurar que los costes de ejecución no son desproporcionados.

<sup>1017</sup> Las estructuras organizativas que asumen tareas de diverso orden relacionadas con la CPP son las siguientes:

1. Departamento del Tesoro: asume la función de definir la política de PFI, de aprobar determinados proyectos y de apoyar y asesorar a las unidades que existen en cada Departamento competentes en estas cuestiones.
2. Unidades departamentales: se encargan de poner en práctica la política de PFI en el contexto de las estrategias de inversión del Departamento. Ofrecen servicios de gestión y asesoramiento de los proyectos de PFI.
3. *Project Review Group*: es un organismo interdepartamental presidido por el Departamento del Tesoro. Supervisa el procedimiento de aprobación de los proyectos de PFI que llevan a cabo las autoridades locales y que reciben el apoyo del Gobierno.
4. *Partnerships UK*: se trata de una *joint venture* entre el sector público y el privado. Ofrece asesoramiento técnico al sector público en el desarrollo de proyectos de CPP, dirigidos a la ejecución



pagos puedan ser satisfechos con las asignaciones de gasto corrientes o con los ingresos previstos, y que debido a la duración del proyecto de PFI de veinticinco o treinta años, se realice una adecuada planificación de los gastos futuros.

#### ***D) Fórmulas que pueden adoptar los proyectos PFI***

Dentro de los PFI hay que considerar tres tipos de transacciones o categorías básicas a través de las cuales se puede articular un proyecto de este tipo; a saber la venta de servicios al sector público (*services sold to the public sector*), los proyectos independientes (*financially free-standing projects*) y los negocios conjuntos (*joint ventures*).

En primer lugar, los servicios vendidos al sector público son requerimientos que éste efectúa y que necesita adquirir de terceros. Esto significa que tales servicios son proporcionados por el sector privado, que es quien se encarga de realizar las inversiones de capital oportunas, y obtiene el pago con la prestación del servicio con arreglo a los estándares de calidad establecidos. Mediante este tipo de fórmula, el sector privado se responsabiliza de la inversión necesaria, del diseño y ejecución de una infraestructura y, en ocasiones, de la prestación de servicios relacionados con la misma. La infraestructura será propiedad del sector privado público tendrá una opción de compra de la misma al finalizar el contrato.

En segundo lugar, los proyectos independientes siguen un esquema concesional. El sector privado es responsable del diseño, construcción, operación, mantenimiento y financiación de un activo. Por ello, requieren una estructuración financiera propia para cada caso, que se plasma en acuerdos por los que el contratista privado diseña, construye, financia y explota una dotación y recupera la inversión a través de los precios abonados por los usuarios, en lugar de recibir la contraprestación con fondos públicos. Los costes se recuperarán por completo a través de un peaje que deberá ser satisfecho por cada usuario de la infraestructura correspondiente. La contraprestación consiste en el cobro de las correspondientes tarifas a los usuarios finales del servicio o de la infraestructura.

---

de obras de renovación de infraestructuras, la prestación de servicios públicos y el uso eficiente de los recursos públicos.

5. *Office of Government Commerce*: es un órgano integrado en el Departamento del Tesoro responsable de incrementar el *value for money*, esto es, la eficiencia de un proyecto de CPP. Sus tareas incluyen la fijación de criterios de actuación y el control de la ejecución del proyecto y de las técnicas empleadas; el desarrollo de un equipo de profesionales expertos en contratación; y el impulso del *value for money*, esto es, la eficiencia del proyecto, a través de la colaboración en la contratación.

Finalmente, el tercer tipo está constituido por las formas de asociación entre el sector público y el sector privado<sup>1018</sup>. Se trata de los clásicos proyectos de inversión donde los costes no pueden ser cubiertos totalmente a través de las tasas o precios impuestos a los usuarios finales, por lo que deben ser subvencionados en mayor o en menor medida con fondos públicos.

***E) Riesgos presentes en un proyecto de PFI y su posible transferencia al sector privado***

En Reino Unido se ha hecho especial hincapié en la consecución de una adecuada transferencia de riesgos al socio privado como una de las principales razones de ser de los proyectos de CPP y, en particular, de los de FPI.

Ciertamente, uno de los “drivers” o indicadores principales de estos proyectos es la asignación de riesgos<sup>1019</sup>, de tal manera que el más capacitado para gestionarlos es quien debe asumírselos. Sólo se recurrirá a la financiación privada cuando la eficiencia y la asignación de riesgos puedan ser optimizadas. Esto supone que si el sector público

---

<sup>1018</sup> BRUNETE DE LA LLAVE, M.T., *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2009, p. 70. Este tipo de entidades conjuntas se caracterizan por una serie de rasgos. En primer lugar, todos los socios privados deben ser elegidos a través de procedimientos en los que se asegure una auténtica competencia, lo que además es un imperativo comunitario. En segundo lugar, es importante señalar que el control de la sociedad va a corresponder fundamentalmente al sector privado y la contribución del sector privado, que deberá estar claramente definida y limitada, se puede realizar a través de la participación de la autoridad pública en el capital de la compañía privada que participe en el proyecto; mediante la concesión de préstamos, la concesión de subvenciones tarifarias, a través de la entrega de activos, o a través de una combinación de los anteriores. De esta forma, el coste derivado de la ejecución de un proyecto se financia parcialmente con fondos públicos junto con los ingresos que se obtienen por la gestión del servicio o de la infraestructura y, por tanto, se podría considerar este modelo como una variante de la concesión en la que no se considera viable o rentable repercutir en el usuario la totalidad del coste del servicio.

<sup>1019</sup> Los principales riesgos presentes son el riesgo de diseño, el riesgo de no obtener las autorizaciones o licencias que fueran necesarias para ejecutar una infraestructura, el riesgo de construcción, el de disponibilidad, el riesgo de valor residual y el riesgo de insolvencia. En estos casos, el principio general es la asignación de riesgos a quien esté mejor capacitado para afrontarlos. En este sentido, suele afirmarse que la regla, en los sistemas de PFI, es transferir siempre los riesgos de diseño, construcción y de disponibilidad al contratista; mientras el resto será objeto de negociación entre las partes. El riesgo de diseño y construcción es asumido con carácter general por el socio privado. Los riesgos operativos son asumidos con carácter general por el socio privado, que se compromete contractualmente a la prestación de ciertos servicios con unos determinados niveles de calidad y disponibilidad, a su riesgo y ventura. El riesgo de demanda se transfiere al socio privado en aquellos proyectos en los que su retribución se fija a partir del nivel de uso de la infraestructura o del servicio, puesto que no en muchos casos la retribución se hace depender, como se ha dejado expuesto, de la calidad y disponibilidad del servicio, y no de su uso o demanda. El riesgo financiero es asumido por el socio privado en la que es la modalidad más importante de CPP: la FPI. El riesgo de valor residual puede considerarse transmitido al socio privado, puesto que, en aquellos casos en que se prevé la reversión de la obra o equipamiento a la autoridad pública a la finalización del contrato, el socio privado está obligado al mantenimiento de la obra/equipamiento y a su entrega final a la autoridad pública en las condiciones contractualmente previstas.

puede asumir el riesgo en mejores condiciones, será entonces la financiación pública la que se lleve a cabo<sup>1020</sup>.

### **F) Otros mecanismos de cooperación**

Junto con la PFI, se han ido proporcionando otra serie de mecanismos de cooperación entre el sector público y el sector privado, siendo las dos más destacables la iniciativa denominada *Building Schools for the Future* (construyendo colegios para el futuro), cuyo objeto es la transformación de todos los centros educativos de secundaria<sup>1021</sup> y la *Local Investment Finance Trust* (Sociedad Limitada de inversión local), creada para proporcionar atención médica primaria. Esta sociedad mixta pretendía fomentar la creación de un mercado de inversión en atención primaria sanitaria, convirtiéndose en la encargada de implantar las previsiones del Plan Nacional de Salud.

---

<sup>1020</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «El significado actual del contrato de concesión de obras públicas», MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.), *Instrumentos españoles de colaboración público-privada...*, op. cit., pp. 34-35. El procedimiento que permitirá conocer esta circunstancia se sintetiza de la siguiente forma:

1. Identificación en la programación anual elaborada por las autoridades públicas, de aquellos servicios que deben prestarse y de la posibilidad de ejecución mediante el instrumento de la CPP. En este momento se efectúa ya el primer análisis *value for money*, denominado *Programme Level Assessment*. Este análisis consiste en un examen cuantitativo y cualitativo aplicado a un conjunto de inversiones identificadas como potencialmente idóneas para su ejecución mediante la CPP.
2. Elaboración del *Outline Business Case*. Consiste en el examen de la prestación de un concreto servicio y de la idoneidad de la CPP para satisfacerlo. El análisis en esta fase se dirige a constatar esa idoneidad, recibiendo la denominación de *Project Level Assessment*.
3. Finalmente, si el resultado es positivo, se procede a la publicación del anuncio de contratación en el Diario Oficial de la Unión Europea. Se inicia el procedimiento de contratación propiamente dicho. El análisis efectuado en esta fase se denomina *Procurement Level Assessment* y su objetivo es asegurar que exista un auténtico procedimiento de concurrencia competitiva entre los oferentes que concluya con la adjudicación del proyecto a la propuesta de CPP más eficiente.

<sup>1021</sup> HERNANDO RYDINGS, M., *La colaboración público-privada...*, op. cit., p. 226. El primero, en cambio, tenía como objetivo construir de nuevo la mitad de los centros escolares, reformar el 35 por ciento restante e introducir mejoras tecnológicas en los de reciente creación. La gestión del programa se realizaría desde la Administración central a través de la entidad *Partnerships for schools*, la cual coordinaría la ejecución de las iniciativas, facilitaría asesoramiento en relación con la elaboración de los planes de actuación y de los procedimientos de contratación que se hubieran de licitar y ayudaría a controlar los costes generales de los proyectos correspondientes. A pesar de que el cambio de gobierno, paró oficialmente el programa, las fórmulas desarrolladas en Reino Unido permiten afirmar que este país, tiene uno de los mercados más desarrollados de CPP a nivel mundial.

## 7. CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

### 7.1. CONSIDERACIONES GENERALES

En un entorno que sufre gravemente los efectos de la crisis, ha sido preciso ensayar nuevas formas de gestión de los servicios públicos, que permitieran obtener mayores rendimientos con iguales o menores recursos. Era necesario sustituir las fórmulas prestacionales tradicionales por otras menos costosas o más productivas, e incluso sacrificar, si llegara el caso, elementos auxiliares del servicio, prescindibles, sin detrimento de su calidad esencial<sup>1022</sup>.

En este contexto, hay que preguntarse hasta qué punto la diferencia entre gestión pública y privada es relevante en los procesos de mejora de los servicios públicos. La consideración de los aspectos cualitativos constituye uno de los aspectos claves que plantea el nuevo estilo de la gestión pública. Los contribuyentes se configuran como principales usuarios del servicio público y ya no será suficiente valorar la eficiencia con la que se presta, sino que será preciso considerar la calidad con la que se suministra. La habitual apelación a la eficacia o el ahorro de recursos debe complementarse por una parte con el principio de que ahorro no puede traducirse en una pérdida de la calidad del servicio<sup>1023</sup>.

La gestión privada no parece ser mejor por sí, pues dependerá de diversos aspectos, fundamentalmente, del control o regulación que el Ente público ejerza sobre el socio privado; de las características del servicio o actividad, de la incertidumbre o la necesidad de la inversión en activos específicos, de los factores de entorno, así como las posibilidades de generar competencia en el sector.

El objetivo es que esta fórmula contractual contribuya a favorecer la eficacia, la eficiencia, y la calidad del servicio, pero sólo si se respetan escrupulosamente sus reglas de funcionamiento, serán una alternativa verdaderamente viable y sostenible para conseguirlo<sup>1024</sup>.

---

<sup>1022</sup> MERINO ESTRADA, V. y RIVERO ORTEGA, R., «Medidas para la sostenibilidad económica local», PORTILLO NAVARRO, M.J. y MERINO ESTRADA, V. (coords.), *Crisis económica y Entidades Locales...*, op. cit., p. 421.

<sup>1023</sup> HERNÁNDEZ DE MARCO, S., *Patrimonio y actividad económica municipal*, DAAP, Navarra, 2006, p. 399.

<sup>1024</sup> MESTRE DELGADO, J.F., «Formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión», MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Tratado de Derecho Municipal...*, op. cit., p. 2099, destaca

## 7.2. CONCEPTO

El contrato de gestión de servicios públicos es aquel en cuya virtud una Administración pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio, cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante. En esta definición, que figura en el art. 8 del TRLCSP, están resumidos dos de los rasgos principales de este tipo de contrato<sup>1025</sup>. El primero, que el servicio de que se trata tiene que ser de titularidad de la Administración pública. El segundo, que el régimen de este contrato no es de aplicación a todos aquellos supuestos en los que la Administración decida gestionar directamente el servicio, lo que podrá llevar a cabo mediante la creación de entidades de Derecho público destinadas a tal fin o mediante la atribución a una sociedad de Derecho privado la gestión, siempre que su capital sea, en su totalidad, de titularidad pública, como dispone el art. 8.2.

En conexión con la primera de las exigencias indicadas, el art. 116 del TRLCSP establece que, antes de proceder a la contratación de un servicio público, debe haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones a favor de los administrados y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio. Quiere decirse que debe instruirse un expediente previo del que resulte la reserva del servicio y se establezcan las previsiones mínimas sobre la competencia para su gestión, de lo que derivará también la posibilidad de encomendar ésta indirectamente a contratistas externos a la organización administrativa.

## 7.3. ÁMBITO MATERIAL DEL CONTRATO

No todos los servicios públicos que tienen encaje en la definición de servicio público pueden ser objeto del contrato de gestión de servicios públicos<sup>1026</sup>, pues según el art. 275.1 del TRLCSP, «*La Administración podrá gestionar indirectamente,*

---

que la intervención pública sobre el ejercicio de la actividad económica debe asegurar el cumplimiento de las cargas de servicio público.

<sup>1025</sup> El TRLCSP recoge la redacción otorgada al art. 8.1 de la LCSP, por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, con la que se amplía el ámbito subjetivo que podrá realizar este tipo de contrato cual es las mutualidades de accidentes de trabajo, entidades jurídicas que antes de la modificación no podían licitar este tipo de contratos.

<sup>1026</sup> FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M., *Contratación pública...*, op. cit., pp. 467 y ss. Asimismo, COSCULLUELA MONTANER, L. y LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Derecho público económico*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 242 y ss.

*mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos».* Por tanto, el art. 275.1 del TRLCSP excluye a aquellos contratos que tengan por objeto<sup>1027</sup>:

- a) Servicios públicos que no sean susceptibles de ser prestados a empresarios particulares<sup>1028</sup>.
- b) Servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad<sup>1029</sup>.

---

<sup>1027</sup> COSTERO CASTET-BELLOCQ, M., «El contrato de servicios», CATALÁ MARTÍ, J. V. (coord.), *La contratación de las Administraciones Públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters, Civitas, Navarra, 2012, p. 774.

<sup>1028</sup> La redacción original del precepto añadía que tuvieran un carácter económico que los hiciera susceptibles de ser prestados por empresarios particulares. La supresión del término “contenido económico”, que figuraba en dicha redacción original, en el caso de interpretarse que la voluntad del legislador es la de que cualquier servicio, tenga o no contenido económico, pueda prestarse por los particulares puede colisionar frontalmente con los intereses de los particulares que esperan conseguir un beneficio económico mediante la explotación del servicio público, pues en caso contrario y, teniendo en cuenta que el contrato es a riesgo y ventura del contratista, los particulares no se aventurarían a prestar un servicio público del que no obtuvieran beneficios económicos. COSTERO CASTET-BELLOCQ, M., «El contrato de servicios», CATALÁ MARTÍ, J. V. (coord.), *La contratación de las Administraciones Públicas...*, *op. cit.*, p. 774, precisa que también cabe interpretar que «con la supresión del término contenido económico se abre la puerta a una posible financiación pública que haga rentable la prestación del servicio por particulares. Puesto que el servicio tenga un contenido económico se refiere a que sea susceptible de valoración, no a que exista una contraprestación por parte de los usuarios del mismo, sino que la prestación por la Administración no sea neutra para el gasto público, pues esa valoración económica es la que servirá de base para la contraprestación que obtendrá el contratista. Esto es, que el servicio permita obtener un beneficio económico derivado de su gestión emane únicamente de las tarifas o tasas de los usuarios o, en su caso emane también de las aportaciones económicas públicas».

<sup>1029</sup> Entre los servicios que requieren ejercicio de autoridad, pueden indicarse: la seguridad en los lugares públicos; la ordenación del tráfico y de personas en la vía pública; la disciplina urbanística; la recaudación de tributos en período voluntario y en período ejecutivo en su núcleo de ejercicio de autoridad; la investigación e inspección de tributos; la gestión de ingresos municipales; el cobro de los recibos por el servicio de servicios y alcantarillado; potestad sancionadora; defensa nacional; sistema penitenciario en su núcleo fundamental. Entre los servicios que no requieren ejercicio de autoridad se pueden citar: la limpieza viaria; el transporte público urbano; el abastecimiento de aguas y saneamiento; la recogida de residuos sólidos urbanos; la radiofusión en emisoras de radio y televisión; la prevención y extinción de incendios; las instalaciones culturales; las instalaciones deportivas; la limpieza de las vías públicas; el mantenimiento de parques y jardines; el mantenimiento del alumbrado público. Para el ámbito local, véase MONTOYA MARTÍN, E., «La reforma de las formas de gestión de los servicios públicos locales: la contratación de las sociedades públicas locales», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 57, 2005, p. 77.

#### **7.4. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN: LA CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO**

Como dispone el art. 275 del TRLCSP, los contratos de gestión de servicios públicos pueden adoptar algunas de las siguientes modalidades: «*Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura; gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato; concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate; y sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas*».

De todas ellas, debe destacarse la concesión de servicio público porque aquí también tiene lugar la no siempre justificada ecuación entre obra pública y dominio público. Sin embargo, el contrato no es tratado exhaustivamente en el presente Capítulo porque no son numerosas las garantías financieras ni reales que aporta a los contratistas. Sí conviene señalar que por medio de la concesión se transfiere a una persona física o jurídica la gestión de un servicio, asumiendo ésta el riesgo económico de la actividad concedida. Puede comprender la construcción de una obra o instalación, soporte físico del servicio a prestar o la pura gestión del servicio, cuando éste no exija obras o instalaciones. Las notas básicas que presenta son las siguientes<sup>1030</sup>:

- a) El proceso de licitación se rige por el TRLCSP y su normativa de desarrollo.
- b) El objeto es la prestación de un servicio público, aunque pueda comprender también la ejecución de obras, pero éstas han de tener el carácter de accesorias.
- c) El ámbito subjetivo de los entes contratantes que podrán celebrar estos contratos se circunscribe a los entes, organismos o entidades del art. 3.2 y del art. 8 del TRLCSP.

---

<sup>1030</sup> SOSA WAGNER, F., *La gestión de los servicios públicos locales*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008, p. 220, define esta concesión como aquella que transfiere a una persona física o jurídica la gestión de un servicio público, asumiendo ésta el riesgo económico de la actividad concedida. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Á., *Manual de Administración local*, El Consultor, Madrid, 2006, sostiene que la misma es aquel título que otorga la Administración competente y en virtud del cual un particular puede llegar a actuar por derecho propio en otras de las actividades originalmente reservadas a la Administración.

- d) La duración del contrato del contrato está en función de dos parámetros; por un lado, la ejecución o no de obras; y por otro, el tipo de servicio que se preste.

Es, por tanto, la transferencia por parte de la Administración pública a una persona física o jurídica de una actuación cuya competencia corresponde a aquélla, para que por ésta se preste un servicio público integrado en la actuación transferida asumiendo el riesgo y ventura.

## 8. DELIMITACIÓN DE FIGURAS AFINES

La delimitación de cada contrato frente a los otros y, en particular, cuando las prestaciones objeto del mismo incluyan la creación y explotación de una determinada infraestructura, no deja de ocasionar dificultades<sup>1031</sup>. Estos inconvenientes se plantean, especialmente, a la hora de deslindar el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y el contrato de concesión de obra pública<sup>1032</sup>, suministros y gestión de servicios públicos, que también puede incluir la construcción de obras. Por todo ello, deben intentar efectuarse las oportunas distinciones para aclarar cada una de estas posibles confusiones, recordando, previamente, que la calificación otorgada tanto por el Derecho nacional como por las partes, no tiene ninguna incidencia en la calificación jurídica de los contratos a efectos de la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública.

---

<sup>1031</sup> Como afirma CHINCHILLA MARÍN, C., «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público...», *op. cit.*, pp. 626 y ss., esta dificultad se torna en imposibilidad cuando el contrato de colaboración público-privada incluya una obra, y se prevea su explotación- la letra a) del art. 11.1 identifica como prestación en la colaboración público-privada: *la construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos*-.

<sup>1032</sup> Hay que recordar que la concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de una obra pública, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos y en el que la contraprestación a favor de aquel consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho, acompañado el de percibir un precio (art. 7.1 del TRLCSP). Para que haya concesión de obras públicas, la obra o infraestructura pública cuya explotación se encomienda al contratista es un elemento imprescindible del contrato, cosa que no ocurre en el de gestión de servicios públicos, pues hay servicios públicos cuya gestión no conlleva necesariamente la de una infraestructura de utilidad pública (servicios que no requieren para su prestación una infraestructura pública o que utilizan para ello bienes afectados al uso general). Ahora bien, cuando la prestación de un servicio público es preciso utilizar una infraestructura no abierta al uso general, sino destinada de manera específica a ese fin, entonces la gestión del servicio incluye en muchos casos la de la infraestructura.



## **8.1. CONTRATO DE CPP Y CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS**

En primer lugar, para articular la distinción entre el contrato de CPP y el contrato de concesión de obras públicas, se debe acudir a la doctrina sentada por la Junta Consultiva de Contratación, en coherencia con la doctrina de la Comisión Europea sobre las concesiones, que descarta la aplicabilidad de un contrato de concesión de obras públicas para los supuestos en los que la propia Administración sea la que utilice la infraestructura y pague por ello. De esta manera, la diferenciación entre ambas fórmulas contractuales se asemejaría a la que permite distinguir entre el contrato de gestión de servicios públicos (donde los particulares son destinatarios de la prestación), y el de servicios (en los que la Administración es la directa beneficiaria).

Pues bien, en el Libro Verde de la Comisión Europea se destaca que el contrato de concesión de obras públicas se caracteriza por el vínculo directo, que existe entre el sector privado y el usuario final: el socio privado lleva a cabo la construcción de la obra pública en lugar del socio público, pero bajo su control. Esto trae como consecuencia una peculiar forma de financiación por parte del contratista (financiación anticipada por el sector privado), situándonos ante uno de los posibles elementos diferenciadores porque, si bien dicha financiación existe en ambos casos, mientras en la concesión de obras públicas cabe que la remuneración sea satisfecha íntegramente por la Administración sobre la base del grado de utilización de la infraestructura que realicen los ciudadanos, bien que la misma provenga de tarifas que abonen los usuarios o que corra a cargo de la Administración y de los usuarios, mediante cánones pagados por los usuarios del servicio, completados, en su caso, con subvenciones concedidas por los poderes públicos; en el contrato de colaboración no ocurre así, retribuyéndose al contratista mediante el abono de un precio que se satisfará durante el plazo del contrato<sup>1033</sup>. Quiere decirse que varía el modo en el que se remunera al contratista; no obstante, más allá de afirmar que el contrato de colaboración no admite otra fórmula de retribución más que los pagos directos realizados por la propia Administración, no son muy claras las diferencias.

Al igual que tampoco la duración de los contratos (si la prestación principal del contrato de colaboración determina que el régimen aplicable sea el de la concesión de

---

<sup>1033</sup> PADRÓS REIG, C., «La articulación del concepto de “colaboración” desde el punto de vista del ordenamiento administrativo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 142, 2009, pp. 251 y ss.

obra pública, la duración de ambos contratos es la misma) ni las prestaciones que añade el contrato de colaboración (definición técnica, jurídica o financiera del proyecto) sirven para delimitar claramente ambas figuras.

Por ello, será imprescindible analizar los objetos de ambos tipos contractuales para encontrar una solución al respecto. De dicho análisis, se deduce que de los posibles objetos que puede tener el contrato de colaboración, el que presenta una indudable identidad es el recogido en la letra a) del art. 11 del TRLCSP, esto es, la realización global e integrada, que, además de comprender la financiación de inversiones que permitan cumplir con finalidades de objetivos de servicio público o actuaciones de interés general, incluya: *«la construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión»*. Consecuentemente, podría pensarse en cumplir este propósito a través de la utilización de cualquiera de los dos contratos en cuestión; pero conviene no perder de vista el carácter residual o subsidiario con el que se configura, en el TRLCSP, el contrato de CPP, por lo que sólo podrá emplearse este último cuando se compruebe que ofrece una óptima combinación entre los costes totales de un proyecto, la calidad de los bienes y servicios que se obtengan con su ejecución, y el grado de satisfacción de los consumidores de los mismos<sup>1034</sup>.

Asimismo, deben tenerse en cuenta como otros criterios diferenciadores el hecho de que si a la obra y explotación se le añaden otras prestaciones adicionales, procedería celebrar el contrato de CPP y no el de concesión; y que si la obra no puede ser objeto de explotación económica, no podrá ser ejecutada a través de un contrato de concesión de obras públicas, pues el hecho de que la obra sea explotable económicamente es presupuesto necesario de este último.

## **8.2. CONTRATO DE OBRAS Y CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS**

La Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DOUE L 134 de 30 de abril de 2004), en su art. 1.3 a), y la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los

---

<sup>1034</sup> SANZ GANDASEGUI, F., «El concepto de contrato de concesión de obras públicas», MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.), *Instrumentos españoles de colaboración público-privada...*, op. cit., p. 124.

procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DOUE L. 134, de 30 de abril de 2004), en su art. 1.3, definen la concesión de obras públicas como un *«contrato que presenta las mismas características que el contrato público de obras, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio»*.

Esto nos permitirá conocer la principal diferencia entre el contrato de obras y el contrato de concesión de obras públicas, la cual radica en la contraprestación llevada a cabo por la Administración, pues mientras en el primer caso la Administración paga un precio; en el segundo, la misma consiste en la posterior explotación económica de la obra o bien, en dicha explotación y además en el pago de un precio. Quiere decirse que se estará ante un contrato de obras cuando la remuneración se perciba del órgano contratante y no de los usuarios de la obra. Por ello, la susceptibilidad o no de explotación económica de la obra no define la existencia de un contrato de obras o de un contrato de concesión de obras públicas. En cambio, la no susceptibilidad de explotación de la obra sí define la existencia de un contrato de obras, pues excluye el contrato de concesión de obras públicas.

Además, otra distinción se encuentra en la asunción del riesgo. Mientras en el contrato de concesión, el concesionario asume el riesgo de la explotación de la obra no sucede así en la relación del contratista en un contrato de obra.

### **8.3. CONTRATO DE CPP Y CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS**

Como se ha indicado, el art. 11 a) del TRLCSP establece como una de las posibles prestaciones del contrato de CPP: *«la construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión»*, por lo que es posible entender que la Administración puede encomendar a una entidad privada una actuación global e integrada para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público que implicara la construcción de una obra y su explotación o gestión. Así parecen nuevamente coincidir dos contratos para el cumplimiento de una sola finalidad.

En este punto, debe ponerse de manifiesto que el apartado citado otorga la posibilidad de que se encargue la construcción de una obra y su explotación o gestión a un contratista colaborador, pero nada dice que en caso de que la misma vaya a

servir de soporte a la prestación de servicio público, quien deba prestarlo es ese contratista-colaborador. Por tanto, si el concesionario construye la obra y explota el servicio que se presta sobre la misma, no habría diferencia entre ambos tipos contractuales. En otros términos, si el concesionario construye la infraestructura y explota el servicio público que se presta sobre la misma, no hay elementos que singularicen el contrato de gestión de servicios públicos y un contrato de CPP en el que la Administración encarga al contratista una actuación integrada para el cumplimiento de objetivos de servicio público que incluya la construcción de una obra e, incluso, su explotación. Por el contrario, si el colaborador auxilia a la Administración a través de una actuación global e integrada, sin efectivamente prestar el servicio de que se trate, habrá un contrato de CPP, que no tiene por qué llevar aparejado dicha gestión.

#### **8.4. CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS**

El objeto de la concesión puede ser la ejecución y la explotación o sólo la explotación de una obra ya construida respecto de la que el concesionario adquiere la obligación de realizar obras de restauración y reparación necesarias. En cambio, el contrato público de servicios tiene por objeto la prestación de servicios relacionados en el TRLCSP.

Queda entonces diferenciado el contrato de concesión de obra pública y el de gestión de servicios públicos, en su modalidad de concesión, puesto que el TRLCSP recoge esta distinción de objetos.

La referencia que contenía el derogado art. 220.1 del TRLCAP relativa a «*solamente la explotación del servicio*», ha sido suprimida por el TRLCSP. Por tanto, cuando el contrato tenga por objeto únicamente la explotación de servicios, habrá de calificarse como contrato de gestión de servicios públicos. Sin embargo, queda la duda de qué ocurre cuando el contrato de gestión de servicios públicos conlleve la realización de obras. Para ese supuesto, el informe de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Conselleria de Economía, Hacienda y Empleo de la Generalitat Valenciana 3/2004, de 11 de marzo, citando la Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de abril de 1992, señala que «*En el contrato de gestión de un servicio público, el objeto no es propiamente la realización de obras (reforma, reparación, conservación o demolición de bienes inmuebles), sino que lo constituye su objeto es la gestión de un servicio. La modalidad clásica de gestionar ha sido la concesión, aunque modernamente, la fórmula que suele defenderse frente a la técnica*

*concesional es la figura denominada gestión interesada».* Consecuentemente, habrá que concluir que la calificación de obra pública o de gestión de servicios públicos que incluya la realización de obras atenderá a la accesoriadad de las obras a ejecutar.

El Tribunal Supremo, también en su Sentencia de 9 de julio de 2002 –RJ 2002/10591–, acoge este criterio y califica la construcción y explotación de una estación de combustible a los buques como un contrato de gestión de servicios públicos: *«En efecto, el contrato para la construcción y explotación, en régimen de concesión administrativa, de una estación de suministro de combustible a los buques (...) es un contrato de gestión de servicios públicos, no un contrato de obras, aunque para la prestación de los servicios contratados sea necesario la previa ejecución de unas obras. Basta para llegar a esta conclusión examinar los servicios que deberá prestar el concesionario según lo prevenido en la cláusula 1.2 del Pliego de Cláusulas de Explotación. La misma cláusula primera lleva por título “servicio objeto del contrato y sus características”».* Puede decirse que el contrato de concesión se calificará de obra pública cuando la prestación principal del contratista sea la obra pública, mientras que, por el contrario, cuando tenga mayor valor económico la gestión del servicio público que la construcción de las obras precisas para tal prestación, se estará ante una concesión de servicios públicos<sup>1035</sup>.

En definitiva, habrá de calificarse como contrato de concesión de obra pública, aquél que tenga por objeto la ejecución de una obra y su ulterior explotación, de tal manera que, si no se ejecuta la obra el servicio no puede prestarse. En cambio, deberá calificarse como contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión, aquél que tenga por objeto la prestación de un servicio aunque precise obras, cuando las mismas tengan la consideración de accesorias y complementarias para una prestación más adecuada del servicio, pero que, en ningún caso, resulten determinantes para ello.

## **8.5. CONTRATO DE CPP Y CONTRATO DE SERVICIOS Y DE SUMINISTROS**

El apartado c) del art. 11 del TRLCSP prevé que el contrato de colaboración pueda tener como objeto *«la fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar*

---

<sup>1035</sup> LAVILLA RUBIRA, J.J., «El contrato de gestión de servicios públicos», GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones...*, op. cit., p. 952.

*soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que los existentes en el mercado».* Se asemeja así al contrato de suministros y al contrato de servicios.

En primer lugar, en cuanto a la diferenciación entre el contrato de CPP y el contrato de suministros, debe precisarse que si lo que se fabrica o instala son equipos, sistemas, productos o bienes muebles, no existirá tal distinción, sino que nos hallaremos ante un objeto idéntico a los dos contratos<sup>1036</sup>. La única peculiaridad que podría indicarse es que en el contrato de colaboración la definición de las características del bien de que se trate habrá sido realizada conjuntamente por la Administración y el propio fabricante, ya que éste sería uno de los supuestos de indefinición por parte de la Administración, que sabe que necesita un producto que aún no está en el mercado<sup>1037</sup>.

El mismo apartado del art. 11 hace referencia a que el contrato de colaboración puede consistir en *«la prestación de servicios (...) que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado».* Según la definición del contrato de servicios contenida en el art. 10 del TRLCSP, en virtud de la cual son estos contratos *«aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II»*, también al igual que en el caso anterior, cabría diferenciar el contrato de servicios y el de colaboración, partiendo de que éste último permitiría que el prestador de los mismos pudiera definir junto con la Administración el servicio que va a tener que ser posteriormente prestado por aquel.

Finalmente, el apartado d) del art. 11 regula una cláusula de cierre, en la que se afirma que el contrato de colaboración puede tener por objeto *«otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado».* Esta previsión ha sido calificada por la doctrina como un auténtico cajón de sastre, en el que cabe prácticamente cualquier

---

<sup>1036</sup> MIGUEZ MACHO, L., «Las formas de colaboración público-privada en el Derecho Español», *Revista de Administración Pública*, núm. 175, 2008, pp. 188 y ss.

<sup>1037</sup> JIMÉNEZ DÍAZ, A., «Técnicas contractuales de colaboración público-privada: El contrato de colaboración entre el sector público y privado», DORREGO DE CARLOS, A. y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F. (coords.), *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público...*, p. 296.

clase de prestación, aunque el objeto final deba coincidir con algunos de los objetos propios de los demás contratos previstos en el TRLCSP<sup>1038</sup>.

## **9. RECAPITULACIONES SOBRE LAS VENTAJAS FINANCIERAS A LA LUZ DEL ANÁLISIS DE LAS NUEVAS FIGURAS CONTRACTUALES**

Como claramente puede percibirse, en Europa, existen varias manifestaciones de la corriente de valorización en el ámbito de la contratación pública. Las nuevas Directivas -Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y Directiva 2014/23/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión- confirman expresamente la necesidad de instaurar un marco jurídico que permita contar con una mayor seguridad jurídica para los operadores económicos. Asimismo, la comunicación de la Comisión “Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador” se refiere al compromiso de adopción de medidas para desarrollar soluciones innovadoras de financiación. Entre ellas, se contempla el diseño de nuevos instrumentos financieros en cooperación con el sector privado con el fin de reunir capital adicional para la financiación de negocios y la facilitación del acceso directo de las empresas a los mercados de capitales.

En definitiva, la idea de la valorización se ha trasladado notablemente al campo de las infraestructuras y obras públicas, y el ordenamiento jurídico español no es la excepción. El problema es que caminamos en esa senda, pero sin una concepción dogmática clara.

No sería justo negar que las fórmulas contractuales analizadas reportan innegables ventajas para la Administración, en el plano financiero y presupuestario, pero tampoco hay que olvidar que muchas de ellas conllevan una socialización del coste en los usuarios que ha llegado a ser vista y “sentida” como una suerte de fiscalidad indirecta (materializada en el comúnmente llamado “peaje en la sombra”).

Junto a ello, también hay que reconocer que los contratos de colaboración público-privada, y especialmente el de concesión de obra pública, suponen una importante modulación de la tradicional regla del riesgo y ventura del contratista pues,

---

<sup>1038</sup> JIMÉNEZ DÍAZ, A., «Técnicas contractuales de colaboración público-privada: El contrato de colaboración entre el sector público y privado», DORREGO DE CARLOS, A. y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F. (coords.), *La colaboración público-privada...*, op. cit., p. 296.

como reza la Exposición de Motivos de la citada Ley 13/2003, la concesión de obra pública no puede convertir «*el contrato en un negocio aleatorio, por lo que en coherencia se impone moderar adecuadamente los límites del riesgo si se quiere atraer la participación del capital y la iniciativa privada en inversiones cuyo volumen exige el esfuerzo compartido de los sectores público y privado*».

Sin embargo, todo ello se traduce en la enorme sofisticación del régimen económico-financiero de estos contratos, caracterizados por una multitud de prestaciones cruzadas y heterogéneas de carácter multilateral<sup>1039</sup> que, por regla general, plantean serios problemas desde la perspectiva de la transparencia administrativa y de la consolidación de la contabilidad pública.

A pesar de las indicaciones realizadas por la Comunidad Europea, no siempre con los criterios establecidos se alcanza el grado de claridad que se debería.

Pero el problema principal que se plantea es el de conseguir superar la crisis con un sistema económico sostenible, tanto en relación con la deuda como con el déficit. Por ello, es necesario tener en cuenta que las posibilidades de acudir a estas modalidades de contratación no son amplias, dado que en la época anterior a la crisis se ha acumulado un nivel de obligaciones contractuales a las que hay que hacer frente en el momento actual, de forma tal que, en muchos casos, las Administraciones públicas se encuentran con graves dificultades para hacerles frente, dada la disminución que se ha producido de sus ingresos<sup>1040</sup>.

Por todo ello, será necesario regular y establecer los límites que deben existir en estos contratos. El hecho de que se deban ofrecer garantías a los inversores para atraer capital a la financiación de infraestructuras no puede poner en peligro el interés general y, sobre todo, la afectación. La demanialidad puede flexibilizarse para favorecer los derechos de los sujetos intervinientes en los contratos, pero sin descuidar en ningún caso el destino o finalidad pública que existe en cada caso.

---

<sup>1039</sup> La propia Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en Derecho Comunitario [2000/C 121/02], publicada en el DOUE, de 29 de abril de 2000, establece que la Comisión constata que cada vez se dan más casos de contratos públicos de obras que son objeto de entramados jurídicos complejos, de forma que la diferencia entre estos entramados y la concesión de obras públicas puede ser a veces difícil de establecer.

<sup>1040</sup> GÓMEZ-FERRER MORANT, R., «La contratación local en tiempo de crisis económica»..., *op. cit.*, p. 175.





## CONCLUSIONES

**Primera.** La importancia del dominio público es de tal magnitud que el ordenamiento jurídico se ha centrado siempre en él y en sus elementos. Constituye la categoría fundamental de los bienes públicos, cuya teoría continúa planteando problemas de difícil resolución. El principal problema que se plantea se debe a la aplicación desmesurada de las notas fundamentales de su régimen jurídico. Las reglas tradicionales -particularmente la inalienabilidad- prohíben todo acto de disposición sobre el bien, tanto de la propiedad como de constitución sobre el mismo de derechos reales limitados de goce, de crédito y cualesquiera otras posibles cargas, sometiéndolos a un régimen jurídico inspirado por un conjunto de dogmas que los convierten en totalmente indisponibles. Se olvida que su razón de ser es el estar al servicio de la sociedad, esto es, su fin primordial es el mejor cumplimiento de las finalidades de interés general. No hay que pasar por alto que la propia existencia del dominio público está justificada por ser un mecanismo, para lograr una mejor actividad de los poderes públicos.

Frente a la tradicional enunciación hiperbólica del principio de inalienabilidad del dominio público, surge hace ya tiempo la polémica sobre la conveniencia de matizar sus efectos, fundada en que su pretensión esencial no es tanto la garantía de un régimen de apropiación por parte de los poderes públicos, como de un régimen de destino. Si el destino demanial al que está afectado el bien no se ve perjudicado, el dogma de la inalienabilidad continúa cumpliendo su objetivo. Por ello, puede afirmarse que la institución reclama un cambio que sea capaz de modificar su régimen jurídico y reconsiderar la naturaleza y las funciones que cumplen cada uno de los bienes demaniales.

**Segunda.** Dentro de los bienes de dominio público o del demanio se incluyen no sólo los bienes, sino también todos los derechos reales de las Administraciones afectados a fines singulares de interés público y sujetos, por ello, a un régimen

especial de utilización y protección. Esta afirmación de que el dominio público puede estar integrado no únicamente por “bienes” sino también por “derechos” puede sorprender a quienes, imbuidos de la tradicional creencia de que el dominio público no puede consistir en derechos reales limitados distintos del pleno dominio sobre la cosa (que es la concepción “cosificada” del dominio público que luce en el C.c. y en la anterior Ley de Patrimonio del Estado), consideran imposible la existencia de *iura in re aliena* de naturaleza demanial. Pero esta creencia ha sido desterrada por la LPAP, que contempla expresamente la existencia de derechos reales limitados de carácter demanial al reconocer como objeto posible del dominio público no sólo a los bienes, sino también a los derechos.

Quiere decirse, con ello, que la noción de dominio público se concibe en el Derecho vigente con independencia de la cualidad material de las cosas sobre las que recae. A nuestro juicio, no cabe contrargumentar que ello represente un riesgo de desbordamiento del régimen de la demanialidad, sino, más bien, que esta previsión legal debe entenderse como una superación de las deficiencias que tenía la dogmática clásica a la hora de explicar los fenómenos de disociación entre titularidad y afectación demanial, aparte de representar una apuesta clara por la racionalización del concepto mismo de dominio público, cuyo primer requerimiento es, probablemente, admitir la existencia de regímenes demaniales diversificados en función de los diferentes tipos de bienes o derechos sobre los que la categoría puede proyectarse.

Aún más, la afirmación legal de que el dominio público está formado por bienes o cosas y también por derechos reales limitados tiene, a la par de un valor ordenador y conceptual, otras utilidades adicionales. En primer lugar, permite aplicar a dichos derechos las técnicas de garantía de la identidad; de garantía de la indisponibilidad e inembargabilidad y, sobre todo, el régimen de protección de la policía y la autotutela demanial a los derechos limitados que integren el dominio público. En segundo lugar, lo que quizás sea aún más relevante desde un punto de vista práctico, al admitir que los derechos reales limitados forman parte del dominio público y que son una proyección de éste (de su régimen jurídico) cabe deducir que no siempre es necesario adquirir, expropiar o conservar la propiedad de todo el bien para conseguir su afectación a un uso o servicio público (con las importantes consecuencias económicas que eso conlleva) sin perder, por ello, las ventajas de la tutela demanial para proteger dicho destino.

En suma, el reconocimiento legal expreso de la existencia de derechos reales limitados de naturaleza demanial permite encauzar y proyectar de forma idónea el

## CONCLUSIONES

régimen de las potestades públicas sobre la propiedad privada en armonía con los principios de adecuación y suficiencia que consagra el art. 6.b) de la LPAP (que no sólo tienen una dimensión cuantitativa en relación a la extensión de la categoría del dominio público, sino también cualitativa, relativa a la proyección de su régimen jurídico).

No obstante, la regulación del régimen de estos derechos reales limitados no es abordada por la LPAP, que se limita a señalar su existencia. El concreto régimen jurídico aplicable a estos derechos es, en principio, el régimen demanial general que se predica para los bienes. Sin embargo, la especificidad y virtualidad práctica de estos derechos reales limitados de naturaleza demanial pudiera requerir la regulación sustantiva de algunos de elementos singulares de su régimen jurídico, lo que puede ser especialmente conveniente en relación con las llamadas “servidumbres administrativas” (o de “utilidad pública”, en la expresión del art. 549 del C.c.), de un lado, y, de otro, respecto a los derechos limitados que están en la órbita del censo enfiteúutico (singularmente el de superficie).

**Tercera.** Desde hace tiempo, la doctrina tiene pendiente la revisión de las dos categorías tradicionales (de bienes demaniales y patrimoniales) en las que se clasifican los bienes públicos. Una de las causas esenciales de la necesidad de reformulación radica en que la pertenencia a una u otra categoría de bienes termina dependiendo de la calificación formal que les atribuya el legislador, en el mejor de los casos, o el órgano administrativo que realiza el inventario de bienes, en el peor, y en ambos supuestos al margen de que esa calificación tenga que obedecer a criterios legales objetivos o mínimamente coherentes, ya que es la propia LPAP la que ha renunciado a la coherencia. La respuesta de la Ley no ha sido satisfactoria por varios motivos. Por un lado, porque no ha acotado la categoría de bienes demaniales ni ofrece un tratamiento de ellos en consonancia con la realidad, en la que también los bienes patrimoniales se utilizan para la consecución de los fines de competencia de las Entidades públicas que son sus titulares. Por otro lado, porque tampoco formula un criterio de distinción en sentido estricto, sino que proporciona a los diferentes operadores jurídicos, unas ideas meramente orientativas, que remiten, en última instancia, a la calificación de cada bien concreto.

Además, suele criticarse que la unificación de la categoría jurídica del dominio público que se ha realizado, es artificial. El intento de crear una teoría general, común a todos los bienes demaniales, sólo sería lógica y tendría sentido si se cumplieran dos condiciones: en primer lugar, que todos los bienes respondieran a las mismas

características, y en segundo lugar, que se hiciera pensando en aquéllos que carecen de normas específicas. Hacerlo de otro modo sólo origina una superprotección del bien, que produce que las Administraciones públicas no puedan desarrollar adecuadamente sus actividades.

**Cuarta.** Cuando los bienes y derechos adquieren la condición de demaniales, pasan también a ser objeto de una importante consecuencia jurídica: quedan sometidos a un régimen específico, propio de los bienes de dicha naturaleza. Las consecuencias de la demanialidad no acaban con el señalamiento de los elementos que la identifican, sino que el ordenamiento jurídico define una serie de medidas para procurar su tutela y defensa, precisamente, por el destino público al que están dirigidos. Efectivamente, un punto destacado del régimen particular del demanio es el establecimiento para él de un conjunto de previsiones directamente destinadas a su protección, por parte del ordenamiento jurídico. Estas medidas consisten en el reconocimiento de una serie de caracteres que les son propios, en la fijación a su favor de un elenco de prerrogativas exorbitantes, y en la determinación de una tipología de infracciones y sanciones para los casos de incumplimiento del deber de protección. No obstante, debe aclararse que la existencia de reglas de Derecho administrativo no es exclusiva de los bienes demaniales, sino que algunas también afectan a los bienes patrimoniales. El hecho de que varias de ellas sean aplicables, con independencia del carácter demanial o patrimonial, demuestra que en nuestro Derecho todos los bienes de la Administración están sujetos a un régimen jurídico básico, pleno de exorbitancias y privilegios, derogatorio del régimen de protección civilístico de la propiedad.

La evolución de la normativa sobre bienes públicos ha llevado a una creciente equiparación entre las técnicas de protección de los bienes demaniales y de los bienes patrimoniales. Son sustancialmente iguales todas las técnicas de garantía de identidad de los bienes (régimen de inventario, inmatriculación y deslinde), así como las facultades de policía para su protección. Todo ello demuestra que el régimen jurídico básico de los bienes públicos, pleno de exorbitancias, se aplica a todos los bienes, con independencia de su caracterización como demaniales o patrimoniales, sin perjuicio de que exista un *plus* del que disfrutaban únicamente los primeros. Ese núcleo duro que debe garantizárseles no impide que al resto de bienes, que no sean demaniales, no se les pueda asegurar un régimen que otorgue más flexibilidad, para adaptar mejor su gestión al interés general.

**Quinta.** La óptica de conservación del dominio público -y no

## CONCLUSIONES

sólo de esta clase de bienes- está siendo sucedida por una de “valorización” del mismo, uno de los propósitos dominantes del Derecho de los bienes públicos, que supone la toma de conciencia del valor de los patrimonios públicos y la voluntad de racionalizar y rentabilizar su gestión. El centro de gravedad de la teoría demanial se ha ido desplazando desde una lógica de protección (centrada en la afectación pública) hacia una de valorización. El ordenamiento jurídico está virando -de una forma arrítmica y asistemática pero claramente perceptible- desde una óptica de conservación y resguardo del dominio público hacia una tendencia de “valorización” o rentabilización del mismo, que implica la toma de conciencia del valor de los patrimonios públicos y la voluntad de racionalizar y rentabilizar su gestión para conseguir, de esta manera, una mayor eficacia en la prestación de los servicios y fines públicos, y, en definitiva, una mejor satisfacción del interés general. En cualquier caso, lo importante es que se permita y tenga lugar tanto el desarrollo de la corriente de valorización, como también el mantenimiento simultáneo de la protección del dominio público, con la finalidad de respetar siempre el equilibrio entre una y otra corriente. No hay que perder de vista el elemento central de todo este asunto: el respeto de la afectación de los bienes a la utilidad pública.

El dominio público se está convirtiendo progresivamente en un instrumento de optimización y de búsqueda de rentabilidad en beneficio de los servicios públicos. Las Administraciones públicas toman conciencia del valor económico de su patrimonio y de que el dominio público es también una riqueza colectiva cuya administración debe asegurar la mejor explotación para el interés general y no ser reservado únicamente para labores sociales o de beneficencia, mientras los sujetos privados son quienes consiguen todos los beneficios del mercado. Dicho de otro modo, las Administraciones públicas están haciendo uso de su patrimonio cada vez más frecuentemente con fines lucrativos, aunque destinando los rendimientos obtenidos a la consecución de fines públicos.

**Sexta.** En cuanto a las finalidades de la valorización de los bienes públicos, no hay que perder de vista que la misma no pretende sólo la maximización de los beneficios que pueden obtenerse, sino la mejor satisfacción del interés general. La obtención de lucro no es la función esencial de los bienes públicos. La Administración necesita bienes como instrumentos, como soportes físicos para el desempeño y el desenvolvimiento de su actividad, lo que no excluye, sino que comprende, la utilización eficaz de éstos. En el desarrollo de la explotación económica del dominio público el interés general debe guiar y proporcionar el marco de integración de las preocupaciones y pretensiones financieras, otorgando así legitimidad a la búsqueda de rentabilidad del dominio público. Puede afirmarse que el interés económico y financiero

representa un ensanchamiento de la noción de interés general. Los objetivos de la valorización son variados. El máximo rendimiento financiero del patrimonio no es la única finalidad que persiguen las Administraciones públicas mediante las operaciones de valorización, sino que ellas, teniendo siempre como guía el interés público, pretenden también cumplir otros propósitos. Por ello, puede observarse que aunque la valorización tiene una clara pretensión económica (financiar las personas públicas sus propias necesidades y optimizar los beneficios que se pueden conseguir como resultado de la explotación de sus bienes), están presentes otros objetivos de mejora, conservación y reestructuración de los servicios públicos que no deben ser olvidados. Cuando estamos ante una Administración pública, valorizar no puede significar sólo obtener el máximo beneficio de su patrimonio, sino que también debe suponer explotar, mantener y gestionar sus bienes para poder generar así ingresos adicionales que mejoren los servicios públicos.

La búsqueda de la valorización del dominio público no puede olvidar, bajo ninguna circunstancia, que ésta debe ser conciliable con la necesaria preservación de los fines públicos que cumplen los bienes y del interés general. Protección y valorización deben ser vistas imprescindiblemente en un sentido complementario y no opuesto o contradictorio. Este reclamo de dulcificación del régimen jurídico demanial no puede ignorar el papel tan importante que cumple la Administración como gestora y garante de los intereses generales. La Administración está investida de una función de tutela, administración o cuidado de los bienes incorporados a la esfera del poder público que debe mantenerse siempre.

No es sencillo superar las viejas concepciones porque existen numerosos obstáculos que perjudican la pretensión de alcanzar los nuevos objetivos de “valorización” y de optimización de los bienes demaniales. La concepción tradicional del dominio público y su régimen jurídico exorbitante constituyen en ocasiones un obstáculo a una gestión dinámica por parte de las Administraciones públicas de su patrimonio. Entre ellos pueden enumerarse la ausencia de flexibilidad resultante de la aplicación excesivamente incisiva del principio de inalienabilidad y la consecuente hipertrofia del campo del dominio público; el desconocimiento de los bienes que integran el patrimonio que hace difícil el llevar a cabo una gestión competente; y la no siempre racionalización en los usos que se permiten sobre el dominio público.

**Séptima.** La voluntad de desarrollar y rentabilizar económicamente la propiedad debe tomar como punto de partida el hecho de que la afectación a una utilidad

## CONCLUSIONES

pública fija un régimen especial de protección del dominio público, dirigido al cumplimiento de sus exigencias, pero ceñido también a los requerimientos de la misma. La afectación es el criterio central y el elemento teleológico del dominio público. Es una decisión del poder público, el ejercicio de una potestad, que pretende la protección de los objetivos propios de la Administración, para que puedan servir a los fines para los que han sido diseñados. Mientras el bien se encuentre afectado a una utilidad pública debe estar protegido por los principios demaniales tradicionales, pero cuando cesa dicha afectación también lo hace la necesidad de protección y, consecuentemente, finaliza el juego de la inalienabilidad. Precisamente, la indisponibilidad del dominio público ha sido instituida para preservar la afectación al uso o servicio público que cumplen los bienes que lo componen. No es la naturaleza, sino el destino o el uso que se hace de los mismos lo que los hace indisponibles. El régimen exorbitante está condicionado en todo momento a la afectación.

**Octava.** El dilema que se plantea entre las notas y la afectación es que la dogmática clásica ha formulado estos dogmas, -particularmente, el principio de inalienabilidad-, en un sentido absoluto y abstracto, perdiendo su origen funcional e instrumental y, consecuentemente, sus limitaciones.

Esa expansión desmesurada, cada vez más extendida, ha acabado perjudicando a las Administraciones públicas. El lugar esencial que han pasado a ocupar las actividades económicas que se ejercen sobre el dominio público conduce a alterar los principios tradicionales del Derecho demanial que no fomenta, sino más bien desincentiva las oportunidades ligadas a la valorización económica de los bienes públicos. En efecto, el régimen jurídico de los bienes demaniales disuade la iniciativa económica debido a los rigores de un Derecho incompatible con las necesidades del desarrollo económico. Justamente por ello, existe actualmente un cierto consenso sobre la desmesurada rigidez de los dogmas de la propiedad pública que manifiestan síntomas de inadaptación, así como un acuerdo sobre la necesidad de reivindicación de respuestas flexibilizadoras.

Reduciendo el campo de aplicación de los principios tradicionales para que sólo queden incluidos los bienes cuya sumisión aparece como realmente necesaria, se posibilita una mayor rentabilización o valorización de éstos. De esta manera, se podría mejorar la eficacia en la gestión y en la utilización de los bienes y se proporcionarían expectativas más sólidas y fiables a las inversiones privadas sobre el dominio y a los derechos de los ocupantes privativos. Asimismo, al contener la demanialidad, evitando su hipertrofia, tal y como ha sucedido en muchas ocasiones, se facilitan las



operaciones de financiación privada de infraestructuras.

Sin embargo, el propósito de disminuir la rigidez tradicional no debe hacernos perder de vista la verdadera razón de ser del régimen demanial: la afectación a una finalidad pública y la consiguiente incorporación de todos los elementos del régimen jurídico de esta categoría de bienes, cuya finalidad es precisamente que el bien pueda prestar un servicio más adecuado a los intereses generales. El reclamo de dulcificación del régimen jurídico demanial no puede ignorar la exigencia de mantener los principios clásicos y el papel tan importante que cumple la Administración como gestora y garante de los intereses generales. La Administración está investida de una función de tutela, administración o cuidado de los bienes incorporados a la esfera del poder público que debe mantenerse siempre.

No obstante, alcanzar un equilibrio no deja de ser una cuestión conflictiva. El régimen hiperproteccionista de la propiedad pública obstaculiza ciertas operaciones, pero las técnicas y herramientas utilizadas para rentabilizar el dominio público y adaptarse a las nuevas necesidades deben racionalizarse y regularse porque, en caso contrario, existe riesgo de dañar gravemente la afectación. El régimen demanial debe ser aplicado con cautela para no perder su razón de ser. Resulta primordial asegurar una buena convivencia entre los principios históricos y los intereses económicos de la valorización. No se puede ocultar la conveniencia de rentabilizar los bienes pertenecientes a las Administraciones públicas, pero tampoco es posible aceptar la explotación del dominio público a cualquier precio. Por ello, si bien es cierto que se deben matizar las consecuencias que provoca la extensión desmesurada del régimen demanial, uno de los problemas más acuciantes en relación con el dominio público, también lo es que la afectación originaria que cumplen los bienes no tiene que ser perjudicada. Por lo tanto, como límite infranqueable, estas técnicas no podrán admitirse cuando contraríen la afectación. Quiere decirse que, aunque la voluntad de valorizar económicamente el dominio público conduce ineludiblemente a una limitación progresiva del principio de inalienabilidad, no puede maltratarse este principio hasta el punto de convertirlo en la excepción a la regla.

En consecuencia, debe repensarse, a pesar de que no sea sencillo, el alcance tradicional otorgado a las reglas de la inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, para lograr conciliar la protección del dominio público y la búsqueda de rentabilidad de sus dependencias.

## CONCLUSIONES

**Novena.** Dado que los intereses generales y, por tanto, los fines determinantes de la vinculación de los bienes no son necesariamente incompatibles entre sí, la afectación tampoco es en todo caso excluyente. Caben, pues, las afectaciones concurrentes también denominadas coafectaciones o afectaciones secundarias, tal y como señala el art. 67 de la LPAP, que comportan la vinculación de los bienes simultáneamente a más de un uso o servicio público bien de forma indistinta, bien destacando uno como principal respecto de los restantes secundarios. Las afectaciones concurrentes hacen referencia al fenómeno por el que se destina un bien a más de una finalidad pública susceptible de determinar su inclusión en el régimen demanial. En las leyes reguladoras de los sectores demaniales especiales, se constata también esta posibilidad.

**Décima.** En otros países de nuestro entorno jurídico, y especialmente en Francia, se ha mirado al dominio público con recelo, al considerárselo un obstáculo -por su rigidez- para responder a la demanda de las grandes infraestructuras públicas por parte de la sociedad. Los postulados tradicionales del Derecho administrativo francés de bienes se han matizado, puesto que ahora la necesaria consideración del interés general es ponderada con las exigencias de explotación y el carácter absoluto de la afectación, leído a la luz de los imperativos económicos.

Se ha producido y reconocido la existencia de una crisis del dominio público, paralela al desarrollo sobre el mismo de una serie de actividades, que lo han obligado a asimilar una dimensión económica. El mercado se ha infiltrado en el ámbito demanial, ocasionando dos consecuencias fundamentales: por un lado, la exigencia de una mayor rentabilidad y productividad, y, por otro, la necesidad de no descuidar, como efecto de estos nuevos requerimientos, la protección de la afectación al servicio o al uso público, que es, en definitiva, el fundamento teórico del régimen demanial.

El estado de cosas que dio lugar a la modificación de la regulación de la propiedad se caracterizaba por la combinación de dos elementos: una hipertrofia de la demanialidad pública, consecuencia de una interpretación demasiado exigente del principio de inalienabilidad, y un sistema de fuentes que provocaba inseguridad jurídica y dificultaba posibilidad de conocer cuál era el Derecho aplicable. Existía una confusión que olvidaba que la demanialidad pública tiene por efecto principal la inalienabilidad del bien, unida a una regulación general obsoleta y una dispersión de las normas reguladoras de los sectores especiales. Estas circunstancias generaban grandes obstáculos jurídicos a las operaciones de valorización de la propiedad pública.

Ello, unido a la crisis económica, ha ocasionado que las necesidades financieras de las Administraciones fueran en aumento y tuvieran que conseguir incrementar la rentabilidad del dominio público, intentando obtener beneficios de los bienes.

La modificación del Derecho de las propiedades públicas no ha pretendido que el dominio público desapareciera, pero sí le ha otorgado mayor flexibilidad al régimen de la demanialidad para adaptar mejor su gestión al interés general. En Francia, país que alumbró las categorías del dominio público y la propiedad privada como dos conceptos contrapuestos, puede observarse una tendencia flexibilizadora o privatizadora que aplica a los bienes demaniales ciertas reglas del régimen jurídico privado. Se ha procedido a una profunda modificación del Derecho demanial, incorporando varias novedades. En primer lugar, se ha confirmado el estatuto de propietarias de las Administraciones públicas sobre sus bienes, permitiéndoles utilizar todas las herramientas de ese derecho de propiedad que es corregido por la afectación. Al ser la afectación, también en Francia, la piedra angular del régimen de la demanialidad, opera como límite y medida de los dogmas configuradores del régimen jurídico demanial. Quiere decirse que el régimen jurídico del dominio público está limitado a los requerimientos de la afectación, durante la vigencia de la misma y debe cesar su aplicación cuando lo hagan las necesidades de la afectación. Es fundamental disipar toda forma de confusión entre demanialidad y propiedad. La demanialidad no es jamás un sustituto de la propiedad ni puede hacerla desaparecer, pues la propiedad pública es una condición del régimen de la demanialidad. En segundo lugar, se ha colocado la demanialidad en el lugar que le corresponde: limitada a los requerimientos de la afectación. Se debilita la rígida separación entre las dos categorías, al tiempo que se cuestiona la no siempre justificada aplicación de los principios jurídicos demaniales.

Sobre el fenómeno de la valorización francesa, hay diferentes opiniones doctrinales que aportan una visión importante de las ventajas e inconvenientes que comporta esta práctica. Por un lado, existe una clara corriente favorable que resalta todas sus virtudes, para la cual la valorización no contradice la afectación a una utilidad pública, sino que, por el contrario, la completa, permitiendo la obtención de beneficios. En consecuencia, debe ser recibida favorablemente y defendida, puesto que remplace la regulación jurídica existente con anterioridad que se encontraba desfasada, dispersa e inteligible. Entre otros autores, podemos citar a GAUDEMET, quien considera que sostener que el derecho de propiedad de las personas públicas es sustancialmente de la misma naturaleza que el de los sujetos privados, afirmación sobre la cual está construido el CGPPP, es fundamental para la corriente de valorización. Esta

## CONCLUSIONES

valorización debe ser acogida favorablemente ya que aporta flexibilidad y no descuida la afectación. Cuando la afectación está presente, corrige y limita el derecho de propiedad pleno para evitar las posibles amenazas. Contrariamente, hay quienes argumentan que no todo son beneficios. Alertan de que la economía de mercado, cuyos mecanismos han sido incorporados al dominio público, no es la panacea, el remedio milagro o la solución a un sistema caracterizado por su inaptitud. La realidad que no es nueva, pues toda la historia de la demanialidad se puede resumir en la conveniencia o no de excluir ciertos bienes del comercio ordinario, comporta utilidades, pero también serios peligros.

Buscar un equilibrio entre la valorización y la protección de los bienes plantea dificultades y serios peligros. Lo que sí debe tenerse en cuenta es que la afectación deberá ser la guía y que sin alterar las categorías jurídicas de nuestro ordenamiento, habrá ciertos instrumentos que podrán ser convenientemente utilizados. Por ello, respetando los principios inspiradores de nuestro ordenamiento, pueden acogerse técnicas e iniciativas adoptadas por el Derecho francés que mejoren la gestión, sin poner en peligro ni descuidar la misión de interés general que cada bien está llamado a cumplir.

**Undécima.** Siguiendo la estela francesa, el legislador italiano ha desarrollado una política de valorización, con la convicción de que la tradicional concepción de la obligatoria improductividad del demanio era una mera convención jurídica y que debían introducirse modificaciones al respecto que cambiaran esta realidad. Se hizo patente la necesidad de contar con un marco jurídico patrimonial más acorde con los tiempos actuales, capaz de definir las directrices sobre la gestión y la eventual liquidación de los bienes sobrantes para las funciones públicas; así como de conjugar los aspectos del régimen jurídico y contable, con los perfiles económicos y financieros conexos a la propiedad pública.

Se observa así la implantación paulatina de la corriente de “*valorizzazione dei beni*” en Italia, que intenta realizar una reconstrucción completa del régimen jurídico de los bienes públicos. Se define como el proceso de cambio hacia una conciencia jurídica más coherente con el valor político, económico y financiero de los bienes demaniales y con las nuevas formas e instrumentos de utilización, dirigidos a la satisfacción de los intereses de la colectividad, principalmente a través del reconocimiento y de la delimitación de la demanialidad. Esto último es muy importante ya que los bienes son

principalmente considerados como un medio para el disfrute de la comunidad.

A pesar de que no haya tenido una buena acogida, debe destacarse la Comisión de expertos presidida por RODOTÁ, que elaboró una propuesta de máximo interés, dirigida a llevar a cabo una reforma integral de las normas del C.c. italiano relativas a los bienes en general y a los bienes públicos en particular. Las razones alegadas para esta reforma eran plenamente coherentes con los factores de cambio que estaban teniendo lugar: algunas clases de bienes permanecían correctamente clasificados en el C.c., otros precisaban un cambio; los recursos naturales reclamaban una protección más duradera; la nueva filosofía en la gestión del patrimonio público requería una mejor administración de los bienes que permanecían en propiedad pública y la garantía de que el Gobierno no cediera ante la tentación de vender bienes públicos por razones diversas de las estructurales y estratégicas.

La propuesta normativa de esta Comisión trataba de superar los esquemas del Derecho de las propiedades públicas, ofreciendo una regulación que revestía tres características innovadoras. En primer lugar, contenía una disciplina estructural y de referencia para los bienes públicos, apta para recuperar una dimensión ordenadora y racionalizadora de la realidad normativa. En segundo lugar, suprimía la tradicional clasificación entre bienes demaniales e indisponibles, redistribuyéndolos en nuevas categorías basadas en la naturaleza económico-social que tuvieran: bienes no susceptibles de pertenecer a sujetos privados y aquéllos con vocación pública, pero potencialmente capaces pertenecer también a sujetos privados. Por último, introducía normativamente la categoría conceptual de los bienes comunes y la dotaba de una regulación inspirada en los principios de solidaridad intergeneracional y de desarrollo sostenible.

Así, la Comisión proponía una inversión conceptual de la clasificación del C.c. Sustituyendo la lógica clásica que deduce las clases de bienes a partir de sus regímenes jurídicos, la Comisión partía de las diversas tipologías de bienes para inferir los regímenes jurídicos de éstos, tratando de reflejar la relevancia económica y social de aquéllos, mediante una clasificación basada en las utilidades producidas por los mismos y la vinculación de éstas a la tutela de los derechos de la persona y a los intereses públicos esenciales. Se defendía una noción objetiva de bien público, hasta el punto de que la condición pública subsistía formalmente a pesar de la posible privatización y comercio del bien a través de negocios de Derecho privado. El bien público, sin perjuicio de su titularidad no necesariamente pública, continuaría

## CONCLUSIONES

afectado a su destino institucional, sujeto a regulación por parte de los poderes públicos y protegido mediante potestades administrativas de tutela ejecutiva *ad hoc*. La idea fundamental era que el destino público pudiera ser garantizado a través de un vínculo objetivo de destino, independientemente de la atribución de su titularidad a un Ente público.

No obstante, el cambio de titularidad del *Ministero dell'Economia e delle Finanze* en julio de 2005 hizo decaer el proyecto, a pesar de lo cual, en junio de 2006 se decidió continuar con los trabajos revisando el marco jurídico de los bienes públicos contenido en el C.c. El Ministro de Justicia formalizó la encomienda, a la Comisión RODOTÀ, denominada «*Commissione sui Beni Pubblici per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici*», instituida el 21 de junio de 2007, de redactar un borrador de anteproyecto de ley de delegación para la reforma de las normas del C.c. italiano sobre los bienes públicos. Se le encomendó la renovación del Libro III del C.c., para recuperar la función ordenadora del derecho de propiedad y de los bienes.

Al margen de la citada Comisión de reforma, la corriente de *valorizzazione* ha ido concretándose a través de distintos instrumentos jurídicos, entre los que destacan las utilizaciones del dominio público, valorización clásica mediante las concesiones y los correspondientes cánones; la creación de la Sociedad Anónima *Patrimonio dello Stato*; y las operaciones de privatización y enajenación, que también han sido una realidad, especialmente en los últimos años.

En virtud de la Ley núm. 112/2002, de 15 de junio, fue creada la sociedad *Patrimonio dello Stato, S.p.a.*, persona jurídica sustancialmente pública, perteneciente a los Entes instrumentales del Estado, cuya misión consiste en la «valorización, gestión y enajenación» de los bienes estatales, respetando los requisitos y las finalidades propias de los bienes públicos. Para ampliar la operatividad de la sociedad, se permite también la transferencia de otros derechos constituidos a favor del Estado, por lo que puede adquirir y enajenar bienes muebles, pero también derechos sobre bienes inmateriales, contraer débitos y ceder créditos. Otro de los fenómenos que se ha puesto en evidencia es la adopción de procedimientos de enajenación y privatización, a los que se ha recurrido para reducir el endeudamiento, difuminándose así la intención de mejorar la regulación de los bienes, pues el factor que ha dado verdadero impulso a este proceso coincide con la apremiante exigencia de saneamiento de las cuentas públicas.

**Duodécima.** La corriente de valorización de la propiedad pública no puede

aplicarse de igual manera ni con la misma intensidad sobre toda clase de bienes públicos. En efecto, no es posible defender que quepa utilizar esta técnica del mismo modo en los bienes demaniales que en los bienes patrimoniales ya que son objeto de regímenes jurídicos diferentes. No sólo debe tenerse presente que será distinta la aplicación sobre las dos clases tradicionales de bienes (los bienes demaniales y los bienes patrimoniales), sino que, también, debe precisarse que, por efecto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los bienes públicos ya no están sometidos a dos regímenes jurídicos diferentes, sino a tres, al añadirse, a los dos anteriores, el de los bienes patrimoniales materialmente afectados a un uso o servicio público. Los bienes patrimoniales afectos fueron introducidos en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 166/1998, de 15 de julio, que reconoce dicho grupo intermedio. En ella el Tribunal Constitucional resuelve a favor de la embargabilidad de los bienes patrimoniales que no cumplan una finalidad pública, sobre la base de la previa diferenciación, en cuanto a su régimen jurídico, entre éstos y los bienes demaniales. Como consecuencia de la Sentencia, se han producido en el ordenamiento jurídico español una serie de modificaciones legislativas, no sólo en el ámbito de la legislación local, sino también de la estatal y autonómica, que han configurado un nuevo marco legal del privilegio de la inembargabilidad en la normativa española.

**Decimotercera.** La admisión de la existencia los bienes patrimoniales afectos debe ser mesurada, realizarse con sumo cuidado, ya que puede presentar extremos problemáticos que, si no se abordan con cautela, distorsionarían la clásica dialéctica entre bienes demaniales y patrimoniales. El reconocimiento legal de los bienes patrimoniales afectos exige previamente buscar un equilibrio entre dos afirmaciones: 1) los bienes patrimoniales afectos no son bienes demaniales, porque si no, no tendría ningún sentido reconocerles autonomía; 2) por esa razón, los bienes patrimoniales afectos no participan de la totalidad del régimen aplicable a ninguno de los dos tipos de bienes. Habrá que diseñar un régimen jurídico intermedio, que reúna características del régimen demanial y del propio de los bienes patrimoniales tradicionales, que permita conseguir la optimización de su rentabilidad, siempre importante, pero especialmente en momentos de crisis económica. Los bienes patrimoniales afectos ofrecen grandes ventajas desde su perspectiva de explotación o aprovechamiento. La afectación está en el centro de sus posibilidades de uso o disfrute, pero, satisfecha o garantizada, nada impide la utilización en el marco propio del derecho de propiedad, a través de los negocios jurídicos pertinentes. Habrá que comprobar en cada caso si los bienes son susceptibles de arrendamiento, enajenación, permuta o cesión gratuita.

## CONCLUSIONES

Todo dependerá de la efectiva compatibilidad del uso que se pretenda y su conformidad con aquélla. Cabrá pues gravarlos, dejando a salvo y asegurando el destino público, siempre que se utilice la técnica jurídica apropiada, más aún cuando no estemos ante bienes demaniales. Cuando se trate de negocios que involucren bienes públicos, nuestro ordenamiento jurídico ya dispone el obligado de cumplimiento de toda suerte de garantías.

**Decimocuarta.** Especial consideración merece el caso de los edificios públicos porque aunque son considerados bienes demaniales por la LPAP, en su art. 5, sería conveniente calificarlos de bienes patrimoniales afectos y flexibilizar su régimen jurídico. No hay ninguna razón en nuestro Derecho positivo para el mantenimiento del carácter demanial de estos inmuebles. La aceptación de la categoría de los bienes patrimoniales afectos a un uso, servicio o función públicos debería haber llevado a las modificaciones oportunas, pues todo lo demás no cambiaría, salvo la transparencia y la claridad. Puede afirmarse que a la luz de la tradición jurídica en esta materia, de la regulación que de esta cuestión hace la LPAP y las normas autonómicas más recientes, el régimen jurídico de los edificios administrativos destinados a oficinas y dependencias administrativas responde a un patrón bastante homogéneo, orientado por los principios de demanialidad, eficiencia, “optimización”, coordinación y planificación de la gestión de este patrimonio. Asimismo, es común definir el concepto de edificio en un sentido ciertamente amplio, pues junto a los inmuebles ya afectados, la legislación estatal y autonómica incluyen en dicho concepto a los edificios no destinados o afectados a oficinas, pero susceptibles de serlo en el futuro, de un lado, y, de otro, a los terrenos adquiridos por la Administración para construir sobre ellos tales edificios. Con ello, se consagra *ministerio legis* una suerte de afectación “virtual” o por anticipación ciertamente problemática. Piénsese, por ejemplo, en los edificios de naturaleza patrimonial “susceptibles de ser afectados” en el futuro a oficinas. ¿Cómo se determinaría ese concepto jurídico de “susceptibilidad”, que tantas graduaciones admite?; ¿se trataría de edificios ya “preparados” o “adaptados” a tales fines?; ¿incluiría el concepto a los que requirieren de reforma para ello? La cuestión no es baladí, porque según se responda en un sentido u otro habría que aplicar, entretanto se produce la afectación efectiva de dicho inmueble, bien un régimen de gestión demanial o bien patrimonial, con lo que el régimen jurídico que discipline las operaciones de transformación a practicar son muy diversas. En nuestra opinión, no debería acogerse ese concepto de “afectación virtual” que, si bien persigue “blindar” y proteger el futuro destino de los bienes así afectados, suma un efecto distorsionador sobre las posibles operaciones o negocios jurídicos (de cesión, permuta o enajenación) en las



que eventualmente pudiera verse involucrado el bien antes de su efectiva vinculación a su destino (piénsese, por ejemplo, en operaciones urbanísticas que resuelven de una nueva ordenación o de la ejecución del planeamiento).

Así, se podría conferir naturaleza patrimonial a los edificios de titularidad administrativa; específicamente, configurándolos como bienes patrimoniales afectados por su especial vinculación a «un servicio público o a una función pública» (en expresión del art. 30.3 de la LPAP); lo que permitiría ofrecer varias ventajas:

1.- Con carácter general, el régimen de gestión y usos por terceros de los edificios administrativos sería el propio de los bienes patrimoniales afectos y, por lo tanto, sería un régimen de gestión mucho más flexible que el actual.

2.- Las notas de exorbitancia de ese régimen estarían limitadas a sus normas de defensa y protección (que, básicamente, son igualmente aplicables a los bienes demaniales y a los patrimoniales) y a la aplicación del privilegio de la inembargabilidad, que es el efecto que consagra para los “bienes patrimoniales materialmente afectados” el citado art. 30.3 de la LPAP (que no tiene carácter básico ni pleno) a resultas de la citada jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional a partir de la Sentencia núm. 166/1998, de 15 de julio.

3.- Habría que prever, en consecuencia con esta naturaleza jurídica, la aplicación del régimen de afectación y de desafectación demanial a los edificios administrativos; exigiendo en todo caso, en orden a su enajenación, la previa desafectación de la función o del servicio al que estuviesen vinculados.

**Decimoquinta.** En relación con los edificios administrativos, ha de citarse como un intento de valorización, aunque no ciertamente exitoso, la operación financiera denominada “*sale and lease-back*” (venta y posterior arrendamiento financiero), realizada por varias Administraciones públicas, que implica la venta de determinados inmuebles y su posterior arrendamiento por un período de tiempo específico. El *sale and lease-back* es un contrato que consiste en la cesión del uso de un bien (generalmente inmobiliario) por una sociedad que busca financiación o liquidez, a cambio de una renta periódica, con opción de compra final a su favor, pero con la peculiaridad de que el bien ha sido adquirido previamente por el arrendador (comprador/arrendador). El contrato de *lease-back* o venta y posterior arrendamiento financiero es un negocio jurídico complejo, concebido, en la práctica mercantil habitual,

## CONCLUSIONES

como un mecanismo de financiación de las empresas. Desde el punto de vista económico, la sociedad que transmite el elemento patrimonial no pierde la disponibilidad material o posesión del elemento transmitido durante toda su vida útil porque el mismo permanece en todo momento afecto a la actividad empresarial. Del conjunto de operaciones realizadas resulta en la práctica que dicha entidad consigue financiación ajena que es devuelta a lo largo del plazo temporal estipulado en el contrato de arrendamiento financiero. La Junta de Andalucía aprobó la enajenación de varios inmuebles de propiedad de la Administración autonómica a favor de dos Entidades públicas instrumentales: la Sociedad de Gestión, Financiación e Inversión Patrimonial, S.A. y la Empresa Pública de Gestión de Activos, S.A. con el objetivo de obtener recursos para completar el presupuesto. Según la planificación oficial, la Junta traspasó la titularidad de los edificios a estas dos sociedades, que debían conseguir créditos de bancos y cajas de ahorro para financiar la operación. El precio venía constituido por el valor de tasación llevado a cabo para cada inmueble. Posteriormente, se facultó a los responsables de estas empresas y a la Consejería de Hacienda -titular de las competencias del patrimonio autonómico- a que firmen contratos de arrendamiento por un período de treinta y cinco años, que figuraban en las partidas de gasto corriente de cada Departamento. En definitiva, la Junta se pagaba a sí misma una renta por inmuebles que eran suyos.

Las actuaciones evidencian que la demanialidad de los edificios administrativos no es más que un arbitrio formal y que tiene ventajas, pero también muchos inconvenientes. No necesariamente se protege a los bienes cuando se les otorga esta calificación. El régimen demanial ha quedado reducido a formalidades y, a pesar del carácter que se le atribuya a un bien, cabe vulnerar la afectación con una simple desafectación, que puede ir incluso implícita en el acuerdo de enajenación, tal y como sucede en este caso.

**Decimosexta.** Las Administraciones públicas, a fin de responder a sus necesidades en materia de gestión, de construcción, de renovación y de mantenimiento de la propiedad pública, han recurrido a distintos tipos de instrumentos jurídicos cuya característica común es potenciar económicamente los bienes, su rentabilización. Son varios los elementos jurídicos utilizados para esta valorización del dominio público que se multiplican en la actualidad, bajo, junto a los intentos de conciliación entre esta voluntad y la pretensión de proteger la propiedad pública. Dentro de estas técnicas para valorizar, hay que detener la atención en la utilización de los bienes demaniales que permite la LPAP, ya que el régimen jurídico de estos bienes, en buena

medida, se centra en el problema de su uso, aprovechamiento o explotación, pudiendo afirmarse que el sentido principal de la regulación de aquellos bienes, es decir, de su régimen jurídico exorbitante, radica en garantizar y ordenar su utilización tanto por los particulares como por los Entes públicos. Quiere decirse que una de las manifestaciones de la valorización tiene lugar a través de las ocupaciones del dominio público ya que los usos que se lleven a cabo permiten obtener una ganancia y disfrutar de las mejoras realizadas por los ocupantes. Los operadores privados proporcionan un desarrollo financiero de los bienes públicos gracias a la ocupación y a la productividad aportada. Nuestro Derecho permite tres tipos diferentes de utilización de este dominio público: uso común, uso especial y uso privativo, pero son los dos últimos los que permiten efectuar una valorización o rentabilización de los bienes, al poder conllevar sus títulos habilitantes la exigencia de una contraprestación o el pago de una tasa. El carácter económico de la tasa por ocupación del dominio público confirma la valorización perseguida. Ciertamente, las autorizaciones y las concesiones pueden ser otorgadas a título gratuito, con el requisito de pago de una contraprestación o de condiciones, o estar sujetas al pago de una tasa, canon o impuesto por la utilización privativa o el aprovechamiento especial de unos bienes demaniales determinados, que generan, de esta manera, la obtención de ingresos.

**Decimoséptima.** Las modalidades de utilización del dominio público que sobrepasan los límites del “uso común general” requieren una autorización o concesión demanial. Esto supone que para que el individuo pueda utilizar los bienes de forma especial o privativa es necesario que se le conceda de manera expresa un título habilitante por disposición de la ley o mediante un acto de la Administración. Tanto la utilización privativa como el aprovechamiento especial del dominio público son modalidades de ocupación que vienen caracterizadas por una relación de estabilidad y permanencia, de mayor o menor duración, que conducen a la técnica jurídica de la concesión o autorización respectivamente. En efecto, los títulos tradicionalmente configurados por el legislador para tal fin son la concesión y la autorización demanial; figuras jurídicas cuyos perfiles distintivos no están claramente delimitados por la legislación patrimonial básica. La distinción objetiva que establecía que la autorización era el título clásico para el uso especial y la concesión, para el privativo ha desaparecido en la LPAP, que ha determinado fronteras poco nítidas, dando entrada a la autorización para legitimar ciertos usos privativos. Esta existencia de usos privativos sometidos a autorización, ha provocado la aplicación a este título de aspectos propios de la concesión, ocasionando la pérdida progresiva de las notas típicas del carácter reglado o

## CONCLUSIONES

la posibilidad de revocación sin indemnización.

En relación con la concesión, debe indicarse que la LPAP regula, en los arts. 97, 98 y 99 los denominados negocios jurídicos sobre la concesión o con objeto de la misma, con el fin de permitir obtener más estabilidad a los ocupantes privativos, habilitándolos legalmente a realizar operaciones que antes no eran posibles. El art. 97 reconoce a los concesionarios un derecho real no sobre el dominio público, sino sobre las obras, construcciones e instalaciones que, pensado para aumentar la financiación de infraestructuras, bien puede paliar el secular abandono que los concesionarios hacen de sus instalaciones cuando se acerca el plazo de extinción de la concesión. No obstante, si el criterio de la compatibilidad entre el derecho real y la afectación es considerado insuficientemente protector de los bienes demaniales, podría perjudicar la correcta gestión de los bienes. El art. 98 de la LPAP se ocupa de la cesión o transmisión de los derechos sobre las obras, construcciones e instalaciones de carácter inmobiliario, así como de la hipoteca que cabe constituir como garantía de los préstamos contraídos por el titular de la concesión para financiar la realización, modificación o ampliación de las obras, construcciones e instalaciones de carácter fijo, situadas sobre la dependencia demanial ocupada. La crisis presupuestaria de los poderes públicos y la consecuente necesidad de nuevas fuentes de ingresos es la base de estos negocios jurídicos sobre la concesión que regula la LPAP, la cual intenta también ser una respuesta a los nuevos requerimientos y retos que se plantean en la actualidad.

**Decimoctava.** Es principio general que las utilidades especiales y privativas del dominio público que benefician en especial a un sujeto determinado estén sujetas al pago de una tasa, canon o impuesto. En concreto, las tasas, en tanto que tributos, son prestaciones pecuniarias que deben responder al deber de contribuir y al fin primordial de obtener fondos para el sostenimiento de los gastos públicos. Su hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial que se haga por concesiones, autorizaciones u otra forma de adjudicación por parte de los órganos de la Administración competente, de acuerdo con las disposiciones específicas que las regulan. La misma debe diferenciarse del precio público ya que, a pesar de que ambos constituyen ingresos financieros y se originan por el mismo supuesto de hecho, esto es, la entrega directa de bienes o la prestación de servicios por el sector público de los que se obtienen ingresos públicos; en el precio público la relación para el administrado es contractual y voluntaria porque la obligación de pago no viene impuesta por ninguna norma ni es condición previa para la realización por el pagador. El Ente público no es investido de ninguna autoridad, por lo que el precio público es una

contraprestación económica libremente demandada por el pagador. En cambio, la tasa al nacer de la imposición por un poder público de una obligación de pago y ser establecida sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a satisfacerla es una prestación patrimonial coactivamente impuesta que, en cuanto tal, está sometida a la reserva de ley. Se consideran coactivamente impuestas las prestaciones pecuniarias que derivan de la utilización de bienes, servicios o actividades prestadas o realizadas por los Entes públicos en posición de monopolio de hecho o de derecho, dado que la libertad de contratar o no, la posibilidad de abstenerse de utilizar el bien, el servicio o la actividad no es una real y efectiva libertad. Los bienes demaniales son de titularidad de los Entes públicos y son ellos los únicos que pueden otorgar el título (la autorización o concesión) al que están supeditados el aprovechamiento especial o la utilización privativa. Se dice, por tanto, que estamos ante una situación considerada de monopolio en el sentido del art. 31.3 de la CE y sometida a reserva de ley. Esas tasas exigidas junto con el título administrativo habilitante, ocasionan una valorización tradicional, aunque ciertamente precaria, que no por ello debe ser ignorada.

**Decimonovena.** En este contexto de la valorización, debe incluirse también la cesión gratuita de bienes, ya que esta figura jurídica, que permite a las Administraciones públicas ceder sus bienes para el cumplimiento de fines de interés general, se enmarca en la corriente de rentabilización cuando se permite su empleo sin dificultades innecesarias. La razón de ser del principio de inalienabilidad es la protección de la afectación, y en caso de transferencia del uso o de la propiedad de ciertos bienes entre Administraciones públicas, dicha afectación no perjudica, sino que, al contrario, favorece el llevar a cabo una gestión dinámica y una circulación eficaz que manifiesta una técnica de valorización. El art. 145 de la LPAP señala que los bienes y derechos patrimoniales de la Administración General del Estado pueden ser cedidos gratuitamente, para la realización de fines de utilidad pública o interés social de su competencia, a las Comunidades Autónomas, Entes locales, fundaciones públicas o asociaciones declaradas de utilidad pública. Igualmente, a Estados extranjeros y organizaciones internacionales en el marco de operaciones de mantenimiento de la paz, cooperación policial o ayuda humanitaria y para la realización de fines propios de estas actuaciones. De esta manera, se favorece la corriente de circulación de bienes sin que los mismos pierdan el carácter público ni su destino o vinculación a fines de interés general.

**Vigésima.** La división en volúmenes de la propiedad demanial o la segregación vertical de parcelas, que implica la creación de fincas separadas y

## CONCLUSIONES

autónomas mediante la división de las mismas (una, la superficiaria, de dominio público, y una segunda que, tras su desafectación, se convierte en bien patrimonial) configura objetos de derecho diferentes, susceptibles de titularidad diferenciada. La aplicación o sujeción de cada volumen a un régimen jurídico diferente favorece la valorización del dominio público al permitir el empleo del vuelo y del subsuelo para usos muy variados que solucionan así muchos problemas urbanos, concentrados en la superficie.

Esos posibles usos se ven incrementados aún en mayor medida debido a la ampliación de las oportunidades de utilización privativa del demanio, que comporta el Derecho urbanístico. El urbanismo supone un cambio al sistema jurídico tradicional que restringía el régimen de uso privativo del subsuelo bajo suelo de dominio público a la figura jurídico-administrativa de la concesión, ya que se puede ahora optar entre regímenes diferentes y figuras jurídicas posibles. Si se produce la desmembración del subsuelo, mediante la técnica jurídica oportuna, entonces surgirá la propiedad dividida y, en consecuencia, la naturaleza jurídica del subsuelo podrá ser distinta a la de la superficie.

Frente a la clásica enunciación del principio de inalienabilidad del dominio público, se está abriendo paso en los últimos tiempos una corriente favorable a permitir la constitución de servidumbres y otros derechos reales civiles sobre el dominio público cuando su constitución efectiva no desvirtúe la afectación y el destino público del bien así gravado. La realidad de las cosas va imponiendo esta tendencia tan acentuadamente pragmática, que persigue disminuir la precariedad, las limitaciones temporales y las que resultan de la policía demanial para los ocupantes privativos del dominio público.

En este sentido y avanzando en las modalidades de ocupación, el urbanismo permitió la segregación vertical de parcelas mediante el derecho de superficie, que aporta numerosas ventajas. El derecho de superficie posibilita, de manera temporal, la cesión del dominio útil de parcelas ubicadas en el vuelo o en el subsuelo, ya que atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. Quiere decirse que la transmisión en régimen de derecho de superficie, como la concesión administrativa, genera una titularidad temporal sujeta a reversión; sin embargo, la concesión demanial no constituye un derecho real civil ni engendra régimen de división de la propiedad.

Todavía más amplia puede ser la cesión cuando se transmite el derecho de propiedad pleno de terrenos ubicados en el vuelo o subsuelo de bienes de dominio público, ocasionando la independencia total del subsuelo y del vuelo respecto de la finca de la que forman parte los anteriores.

Para poder practicar estas operaciones, es necesaria la desafectación como requisito previo a la transmisión del vuelo o subsuelo, lo que manifiesta la asunción de la tesis de la vinculación, desprendida del art. 350 del C.c., según la cual el subsuelo tiene que gozar de la misma naturaleza que el suelo, al ser partes integrantes de un mismo bien. Siguiendo esta tesis, bajo el suelo de propiedad privada se encuentra subsuelo privado, mientras que bajo el suelo de propiedad demanial se encuentra subsuelo que también merece la calificación de demanial. Partiendo de esta tesis, el art. 8.2 del TRLS, referido a las facultades que integran el derecho de propiedad, afirma que las facultades alcanzan al vuelo y al subsuelo sólo hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística, de conformidad con las leyes aplicables y con las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público, lo que conlleva como resultado la demanialidad del suelo, al establecer comúnmente los Planes Generales de Ordenación Urbanística esta previsión. La extensión del derecho de propiedad sobre el suelo hacia arriba o hacia abajo llega hasta donde el plan permita.

Puesto que ésta es la doctrina mayoritaria, se comprende la exigencia de desafectación previa para que el subsuelo de un terreno de dominio público pueda tener un uso distinto del que corresponde al suelo. Sin embargo, habría que detallar las reglas determinantes de la extensión del dominio público sobre los estratos de la propiedad y que no tenga que ser automática la calificación de demanial cuando un espacio no esté afectado.

No puede dejar de mencionarse que la extensión del régimen de propiedad a los volúmenes o estratos en que ésta pueda dividirse no tiene por qué arrastrar el régimen jurídico de la misma, -y menos aún- cuando éste régimen es el demanial. El art. 350 del C.c. establece la extensión de la propiedad pública, pero no del dominio público, para lo que es precisa la afectación, elemento constitutivo y determinante del régimen jurídico demanial. Lo que así se obtiene es la extensión de la demanialidad más allá de los requerimientos de la afectación. En otras palabras, los efectos de la demanialidad pública tienen que limitarse a la razón que la justifica: el respeto y el cumplimiento de su afectación a una utilidad pública y no alcanzan a estratos o volúmenes de la

## CONCLUSIONES

propiedad que no cumplen directamente una finalidad pública.

Existen varios argumentos a favor y en contra de la demanialización de forma genérica del subsuelo. Entre las justificaciones, suelen citarse las razones medioambientales (el subsuelo es un recurso natural escaso); la seguridad jurídica que otorga la demanialización del subsuelo a partir de una determinada profundidad; y la protección de los bienes que proporciona la técnica del dominio público. Como argumentos en contra, se proponen: la imposibilidad de utilizar como motivo de afectación cualquier finalidad constitucionalmente legítima (existen límites al respecto); el claro interés general que debe existir para publicar el suelo, así como el necesario respeto a la propiedad privada; y los principios de adecuación y suficiencia, consagrados en el art. 6 b) de la LPAP, que permiten adaptar la afectación de los bienes para servir al uso general o al servicio público al que estén destinados. Por tanto, el subsuelo debe ser demanializado cuando la afectación del mismo lo haga necesario, y calificarse de patrimonial o incluso privado en el supuesto contrario. En cualquier caso, lo que sí debe tenerse presente es que debe ser la afectación la que indique en qué casos sí es necesario y conveniente demanializar el subsuelo y en qué otros, por el contrario, es conveniente someter dichos volúmenes al régimen patrimonial o privado.

**Vigesimoprimera.** Los problemas de índole financiero que tienen las Administraciones públicas, las restricciones presupuestarias que sufren, la necesidad de cumplir con el principio de estabilidad presupuestaria, el aseguramiento de una eficiente aplicación de los recursos públicos y la creciente demanda de infraestructuras por parte de los ciudadanos ha ocasionado la utilización de fórmulas contractuales novedosas por parte de los Entes públicos que se caracterizan por una fuerte colaboración entre el Estado y los ciudadanos, con vistas al cumplimiento de objetivos de interés general que antes se gestionaban unilateralmente mediante decisiones imperativas irresistibles de los poderes públicos. Ésta es una de las vertientes principales de esta tendencia de valorización: la contención de la expansión de la demanialidad en el ámbito de la obra pública, para permitir operaciones de financiación privada de infraestructuras. Como prueba la proliferación de fórmulas contractuales en el ámbito patrimonial público y en el de la contratación pública, es algo indiscutible que nos encontramos en el momento de auge de este tipo de fenómenos y mecanismos. Desde la perspectiva de la contratación, estas fórmulas se materializan en contratos atípicos que han conocido un gran desarrollo en la práctica, aunque ha de reconocerse que en este ámbito la legislación ha caminado muy por detrás de la realidad.



**Vigésimosegunda.** Como claramente puede percibirse, en Europa, existen varias manifestaciones de la corriente de valorización en el ámbito de la contratación pública. La idea de la valorización se ha trasladado notablemente al campo de las infraestructuras y de las obras públicas, y el ordenamiento jurídico español no es la excepción. El problema es que caminamos en esa senda, pero sin una concepción dogmática clara.

No sería justo negar que las fórmulas contractuales analizadas (el contrato de obras, la concesión de obras públicas y el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado) reportan innegables ventajas para la Administración, en el plano financiero y presupuestario, pero tampoco hay que olvidar que muchas de ellas conllevan una socialización del coste en los usuarios que ha llegado a ser vista y “sentida” como una suerte de fiscalidad indirecta (materializada en el comúnmente llamado “peaje en la sombra”).

**Vigésimotercera.** La Unión Europea no sólo ha manifestado la necesidad de buscar nuevos mecanismos de financiación a través de los contratos, sino que también se ha interesado por recurrir a nuevas alternativas como la captación de fondos en los mercados de capitales, fomentando la emisión de bonos para grandes proyectos. De este modo, la Comisión Europea y el Banco Europeo de Inversiones han creado la iniciativa denominada «Europa 2020: una Estrategia para el crecimiento inteligente», a los efectos de poner en práctica las posibilidades que este tipo de instrumentos ofrecen. Mediante la emisión de bonos de infraestructuras (conocidos como Project bonds), se pretende la atracción de inversiones del sector privado, para la financiación de grandes proyectos de infraestructuras, principalmente, en los sectores del transporte y de la energía.

Con anterioridad a la actual crisis financiera, los bonos estaban asegurados por entidades privadas, pero este respaldo ha desaparecido con las condiciones actuales de la economía y no parece posible su restauración a corto plazo.

Por ello, actualmente la Unión Europea proporciona a las empresas el apoyo necesario para la emisión de bonos que permitan la financiación de grandes infraestructuras, con la intención de obtener un aumento de los proyectos financiados por el sector privado, con un período más rápido de ejecución y a un menor coste.

## CONCLUSIONI

**Prima.** L'importanza del demanio è tale che l'ordinamento giuridico è sempre stato incentrato su di esso e sui suoi elementi. Esso costituisce la categoria fondamentale dei beni pubblici, la cui teoria continua a presentare problemi di difficile soluzione. Il problema principale è dovuto alla smisurata applicazione dei profili fondamentali del suo regime giuridico. Le regole tradizionali -in particolar modo l'inalienabilità- proibiscono ogni azione di disposizione del bene, tanto della proprietà quanto della costituzione, su di esso, di diritti reali limitati di godimento, credito e qualsiasi altro gravame, sottoponendoli a un regime giuridico ispirato da un insieme di dogmi che li rendono totalmente indisponibili. Si dimentica che la sua ragion d'essere è quella di trovarsi al servizio della società, ossia, il suo scopo principale è il miglior adempimento delle finalità di interesse generale. Non bisogna tralasciare il fatto che la giustificazione della esistenza stessa del demanio è quella di essere un meccanismo, con la finalità di ottenere una migliore operatività dei poteri pubblici.

La tradizionale enunciazione iperbolica del principio di inalienabilità del demanio suscita da tempo una polemica sulla convenienza di attenuare i suoi effetti, e tale polemica si basa sull'idea che la sua pretesa essenziale non consiste tanto nella garanzia di un regime di appropriazione da parte dei poteri pubblici, quanto di un regime di destinazione. Se la destinazione demaniale alla quale è assegnato il bene non è violata, il dogma dell'inalienabilità continua a perseguire il suo obiettivo. Pertanto, si può affermare che tale istituto richiede un cambiamento capace di modificare il suo regime giuridico e riconsiderare la natura e le funzioni svolte da ogni bene demaniale.

**Seconda.** Tra i beni del pubblico dominio o del demanio si includono non solamente i beni, ma anche tutti i diritti reali delle amministrazioni destinati a fini particolari di interesse pubblico e soggetti pertanto a un regime speciale di uso e protezione. Affermare che il demanio può essere costituito non solamente da "beni", bensì anche da "diritti" può suscitare sorpresa in coloro che, assorbiti dalla

credenza tradizionale secondo la quale il demanio non può consistere in diritti reali diversi dal pieno dominio sulla cosa (che è il concetto “cosificato” del demanio che emerge dal C.c. spagnolo e dalla precedente *Ley de Patrimonio del Estado*, “Legge sul Patrimonio dello Stato”), ritengono impossibile l’esistenza di *iura in re aliena* di natura demaniale. Tuttavia questa convinzione è stata respinta dalla LPAP (*Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, “Legge del Patrimonio delle Amministrazioni Pubbliche”) che prevede esplicitamente l’esistenza di diritti reali limitati di carattere demaniale, riconoscendo come oggetto possibile del demanio non solamente i beni, ma anche i diritti. Ciò significa che la nozione di demanio è concepita nel diritto vigente indipendentemente dalla qualità materiale delle cose sulle quali ricade. A nostro avviso, non è pertinente controargomentare che ciò rappresenta un rischio di superamento del regime di demanialità, bensì che questa previsione legale deve essere intesa come un superamento delle carenze della dogmatica classica nella spiegazione dei fenomeni di dissociazione tra titolarità e destinazione demaniale, oltre a rappresentare una chiara propensione alla razionalizzazione del concetto stesso di demanio, il cui primo requisito è, probabilmente, l’ammissione dell’esistenza di regimi demaniali diversificati in funzione dei differenti tipi di beni e diritti sui quali categoria in questione può essere proiettata.

Inoltre, l’affermazione legale secondo la quale il demanio è costituito da beni o cose e anche da diritti reali limitati ha, oltre a un valore ordinante e concettuale, ulteriori utilità. In primo luogo, permette l’applicazione a tali diritti delle tecniche di garanzia dell’identità; di garanzia di indisponibilità e di inespropriabilità e, soprattutto, i regolamenti di polizia e l’autotutela demaniale dei diritti limitati che costituiscono il demanio. In secondo luogo, e questo costituisce forse l’aspetto più rilevante da un punto di vista pratico, ammettendo che i diritti reali limitati sono parte del demanio e ne rappresentano una proiezione (del suo regime giuridico) se ne deduce che non sempre è necessario acquistare, espropriare o conservare la proprietà del bene intero per ottenere la sua destinazione a un uso o un servizio pubblico (con le importanti conseguenze economiche che ne conseguono), senza perdere per questo i vantaggi della tutela demaniale per proteggere tale destinazione.

Insomma, il riconoscimento legale esplicito dell’esistenza di diritti reali limitati di natura demaniale permette di canalizzare e proiettare nella forma idonea il regime delle potestà pubbliche sulla proprietà privata in armonia con i principi di adeguamento e sufficienza sanciti dall’art. 6.b) della LPAP (che non solo hanno una dimensione quantitativa rispetto all’estensione della categoria di demanio, ma anche

## CONCLUSIONI

qualitativa, relativa alla proiezione del suo regime giuridico).

Tuttavia, la regolazione del regime di questi diritti reali limitati non è oggetto della LPAP, che si limita a segnalarne l'esistenza. Il regime giuridico concreto applicabile a tali diritti è, in linea di principio, il regime demaniale valido generalmente per i beni. Ciononostante, la specificità e la virtualità pratica di tali diritti reali limitati di natura demaniale potrebbe richiedere la regolazione sostantiva di alcuni elementi particolari del loro regime giuridico, e ciò può essere specialmente conveniente in riferimento, da un lato, alle cosiddette "servitù amministrative" (o di "pubblica utilità", secondo quanto previsto dall'art. 549 del Codice civile spagnolo), e, dall'altro, rispetto ai diritti limitati che gravitano nell'orbita del censo enfiteutico (particolarmente quello di superficie).

**Terza.** Da tempo, la dottrina lascia in sospeso la revisione delle due categorie tradizionali (di beni demaniali e patrimoniali) nelle quali si classificano i beni pubblici. Una delle cause essenziali della necessità di riformulazione risiede nel fatto che l'appartenenza a una o all'altra categoria di beni dipende, nel migliore dei casi, dipende infine dalla qualifica formale che il legislatore attribuisce loro, oppure, nel peggiore dei casi, all'organo amministrativo che realizza l'inventario di beni, e in entrambi i casi a prescindere dal fatto che questa qualifica deve rispondere a criteri legali obiettivi o coerenti, considerando che la stessa LPAP renuncia a tale coerenza. La risposta della Legge in questione non è stata soddisfacente per svariati motivi. Da un lato, poiché non ha delimitato la categoria di beni demaniali e neppure ne offre un trattamento conforme alla realtà, nella quale i beni patrimoniali si usano anche per il conseguimento dei fini di competenza degli enti pubblici che ne sono titolari. D'altro lato, poiché neppure formula un criterio di distinzione in senso stretto, ma fornisce ai diversi operatori giuridici alcune idee meramente orientative, che rimandano, in ultima istanza, alla qualifica di ogni bene concreto.

Inoltre, si critica abitualmente l'artificialità dell'unificazione della categoria giuridica del demanio realizzata. Il tentativo di creare una teoria generale, comune a tutti i beni demaniali, sarebbe logica e avrebbe senso solo se si compissero due condizioni: in primo luogo che tutti i beni rispondessero alle stesse caratteristiche e, in secondo luogo, che si realizzasse pensando a quelli che non dispongono norme specifiche. Operare diversamente genera solamente una superprotezione del bene, e questo provoca che le amministrazioni pubbliche non possano svolgere adeguatamente le loro attività.

**Quarta.** Quando i beni e i diritti acquiscono la condizione di demaniale diventano oggetto di un'importante conseguenza giuridica: saranno sottoposti a un regime specifico, proprio dei beni di tale natura. Le conseguenze della demanialità non si limitano alla segnalazione degli elementi che la identificano, ma l'ordinamento giuridico prevede una serie di misure che provvedono alla loro tutela e difesa, proprio per la destinazione pubblica alla quale sono assegnati. Effettivamente, un punto saliente del regime particolare del demanio consiste in stabilire per esso un insieme di disposizioni destinate direttamente alla sua protezione, da parte dell'ordinamento giuridico. Queste misure consistono nel riconoscimento di una serie di caratteri propri, nella determinazione di un elenco di prerogative spropositate, e nell'individuazione di una tipologia di infrazioni e sanzioni per i casi di inadempimento del dovere di protezione. Tuttavia, occorre chiarire che l'esistenza di regole di diritto amministrativo non è esclusiva dei beni demaniali, ma che alcune di esse riguardano anche i beni patrimoniali. Il fatto che molte di esse siano applicabili indipendentemente dal carattere demaniale o patrimoniale, dimostra che nel diritto spagnolo tutti i beni dell'Amministrazione sono soggetti a un regime giuridico fondamentale, pieno di esagerazioni e privilegi e derogatorio del regime di protezione civilistico della proprietà.

L'evoluzione della normativa sui beni pubblici ha condotto a una crescente equiparazione tra le tecniche di protezione dei beni demaniali e quelle dei beni patrimoniali. Tutte le tecniche di garanzia di identità dei beni (regime di inventario, immatricolazione e demarcazione) sono sostanzialmente uguali, così come le facoltà di polizia per la loro protezione. Tutto ciò dimostra che il regime giuridico fondamentale dei beni pubblici, pieno di esagerazioni, si applica a tutti i beni, indipendentemente dalla loro caratterizzazione come demaniali o patrimoniali, ferma restando l'esistenza di un *plus* del quale godono solamente i primi. Questo nucleo fondamentale che deve essere garantito non impedisce che al resto dei beni, che non siano demaniali, non si possa assicurare un regime che assegni una maggiore flessibilità, al fine di adattare meglio la loro gestione all'interesse generale.

**Quinta.** All'ottica di conservazione del demanio -e non solo di questa categoria di beni- segue attualmente una prospettiva di "valorizzazione" dello stesso, uno dei propositi dominanti del diritto dei beni pubblici, che presuppone la presa di coscienza del valore dei patrimoni pubblici e la volontà di razionalizzare e trarre profitto dalla loro gestione. Il centro di gravità della teoria demaniale si è spostata da una logica di protezione (incentrata sulla destinazione pubblica) verso una di valorizzazione. L'ordinamento giuridico si sta incamminando -in una maniera aritmica

## CONCLUSIONI

e asistemica ma chiaramente percepibile- da un'ottima di conservazione e difesa del demanio verso una tendenza di "valorizzazione" od ottenimento di un profitto da esso, e ciò implica la presa di coscienza del valore dei patrimoni pubblici e la volontà di razionalizzare e trarre profitto dalla loro gestione per poter ottenere, in tal modo, una maggiore efficacia nella prestazione dei servizi e fini pubblici e, in definitiva, una migliore soddisfazione dell'interesse generale. In ogni caso, ciò che è importante è che si permetta e si svolga tanto lo sviluppo della corrente di valorizzazione, quanto il simultaneo mantenimento della protezione del demanio, rispettando in ogni momento l'equilibrio tra una corrente e l'altra. Non bisogna perdere di vista l'elemento centrale della questione: il rispetto dell'assegnazione dei beni all'utilità pubblica.

Il demanio si sta trasformando progressivamente in uno strumento di ottimizzazione e di ricerca di profitto a vantaggio dei servizi pubblici. Le amministrazioni pubbliche prendono coscienza del valore economico del loro patrimonio e del fatto che anche il demanio sia una ricchezza collettiva, della quale l'Amministrazione deve assicurare il miglior sfruttamento per l'interesse generale, ed esso non sia riservato unicamente a opere sociali o di beneficenza, mentre i soggetti privati ottengono tutti i benefici del mercato. In altre parole, le amministrazioni pubbliche stanno facendo uso del loro patrimonio, sempre più con frequenza, a fini lucrativi, pur destinando i profitti ottenuti al conseguimento di fini pubblici.

**Sesta.** Per quanto riguarda le finalità della valorizzazione dei beni pubblici, non bisogna perdere di vista il fatto che essa non pretende solamente la massimizzazione dei benefici che se ne possono trarre, ma anche la massima soddisfazione dell'interesse generale. L'ottenimento del lucro non è la funzione essenziale dei beni pubblici. L'Amministrazione necessita di beni come strumenti, come sostegni fisici per lo svolgimento della sua attività e ciò non ne esclude, bensì ne comprende, l'uso efficace. Nello sviluppo dello sfruttamento economico del demanio, l'interesse generale deve guidare e fornire il quadro in cui integrare preoccupazioni e pretese finanziarie, assegnando così legittimità al tentativo di trarre profitto del demanio. Si può affermare che l'interesse economico e finanziario rappresenta un allargamento della nozione di interesse generale. Gli obiettivi della valorizzazione sono svariati. Il massimo rendimento finanziario del patrimonio non è l'unica finalità alla quale ambiscono le amministrazioni pubbliche tramite le operazioni di valorizzazione, ma queste, avendo sempre come guida l'interesse pubblico, pretendono di compiere altri propositi. Dunque, è possibile osservare che, nonostante la valorizzazione abbia una chiara pretesa economica (finanziare le persone pubbliche nelle loro necessità e

ottimizzare i benefici che si possono conseguire come risultato dello sfruttamento dei loro beni), esistono altri obiettivi di miglioramento, conservazione e ristrutturazione dei servizi pubblici che non si devono trascurare. Nel caso di un'amministrazione pubblica, valorizzare significa solamente ottenere il massimo beneficio dal suo patrimonio, ma anche sfruttare, mantenere e gestire i beni per generare così ulteriori redditi che migliorino i servizi pubblici.

**Settima.** La ricerca della valorizzazione del demanio non deve assolutamente dimenticare che questa deve essere conciliabile con la conservazione necessaria dei fini pubblici perseguiti dai beni e dell'interesse generale. Protezione e valorizzazione devono essere viste imprescindibilmente in un senso complementare, non opposto o contraddittorio. Questo richiamo a dolcificare il regime giuridico demaniale non può sottovalutare il ruolo importante svolto dall'Amministrazione nella sua funzione di gestrice e garante degli interessi generali. L'Amministrazione è rivestita da una funzione di tutela, amministrazione o cura dei beni integrati nella sfera del potere pubblico che deve essere sempre mantenuta. Non è semplice superare i vecchi concetti, poiché esistono numerosi ostacoli che compromettono la pretesa di raggiungere i nuovi obiettivi di "valorizzazione" e di ottimizzazione dei beni demaniali. Il concetto tradizionale del demanio e il suo regime giuridico sproporzionato costituiscono talvolta un ostacolo a una gestione dinamica da parte delle amministrazioni pubbliche del loro patrimonio. A titolo di esempio si possono menzionare l'assenza di flessibilità derivante dall'applicazione eccessivamente incisiva del principio di alienabilità e la conseguente ipertrofia dell'ambito demaniale; la non conoscenza dei beni che costituiscono il patrimonio che rende difficile svolgere una gestione competente; e la razionalizzazione talvolta carente negli usi che del demanio sono consentiti.

**Ottava.** La volontà di sviluppare e trarre un profitto economico dalla proprietà deve cogliere come punto di partenza il fatto che l'assegnazione a un'utilità pubblica stabilisce un regime speciale di protezione del demanio, rivolto all'adempimento delle sue esigenze, ma anche circoscritto ai suoi requisiti. L'assegnazione è il criterio centrale e l'elemento teleologico del demanio. È una decisione del potere pubblico, l'esercizio di una potestà, che pretende la protezione degli obiettivi propri dell'Amministrazione, affinché possano servire ai fini per i quali sono stati disegnati. Mentre il bene è assegnato a un'utilità pubblica deve essere protetto dai principi demaniali tradizionali, ma quando tale assegnazione cessa, con essa cessano altresì la necessità di protezione e, di conseguenza, il gioco dell'inalienabilità. Precisamente, la indisponibilità del demanio è stata istituita per conservare l'assegnazione all'uso o servizio

## CONCLUSIONI

pubblico svolti dai beni che lo compongono. Non è la natura, ma la destinazione o l'uso che si fa degli stessi che li rende indisponibili. Il regime sproporzionato è sempre condizionato dall'assegnazione.

**Nona.** Il dilemma che si presenta tra le note e l'assegnazione è che la dogmatica classica ha formulato tali dogmi, -in particolare il principio di inalienabilità-, in un senso assoluto e astratto, perdendo la sua origine funzionale e strumentale e, di conseguenza, i suoi limiti.

Questa espansione smisurata e sempre più estesa ha finito per nuocere alle amministrazioni pubbliche. Il luogo essenziale occupato dalle attività economiche che si realizzano sul demanio comporta un'alterazione dei principi tradizionali del diritto demaniale che non promuove, bensì disincentiva le opportunità connesse alla valorizzazione economica dei beni pubblici. Effettivamente, il regime giuridico dei beni demaniali scoraggia l'iniziativa economica a causa del rigore di un diritto incompatibile con le necessità di sviluppo economico. Proprio per questo, esiste attualmente un certo consenso sulla smisurata rigidità dei dogmi della proprietà pubblica che manifestano sintomi di mancanza di adattamento, come un accordo sulla necessità di rivendicazione di risposte flessibilizzatrici.

Riducendo l'ambito di applicazione dei principi tradizionali in modo tale da includere solamente i beni la cui sottomissione risulti veramente necessaria, è possibile una loro maggiore rentabilizzazione o valorizzazione. In tal modo, si potrebbe migliorare l'efficacia nella gestione e nell'uso dei beni e si fornirebbero aspettative più solide e affidabili agli investimenti privati sul dominio e ai diritti degli occupanti privati. Inoltre, contenendo la demanialità ed evitando l'ipertrofia, si faciliterebbero le operazioni di finanziamento privato di infrastrutture.

Tuttavia, il proposito di diminuire la rigidità tradizionale non deve farsi perderé di vista la vera ragion d'essere del regime demaniale: l'assegnazione a una finalità pubblica e la conseguente incorporazione di tutti gli elementi del regime giuridico di questa categoria di beni, la cui finalità è precisamente che il bene possa prestare un servizio più adeguato agli interessi generali. La richiesta di dolcificare il regime giuridico demaniale non può ignorare l'esigenza di mantenere i principi classici e il ruolo fondamentale svolto dall'Amministrazione, nella sua funzione di gestrice e garante degli interessi generali. L'Amministrazione è investita di una funzione di tutela, amministrazione e cura dei beni che annessi alla sfera del potere pubblico che deve essere



sempre mantenuta.

Tuttavia, il raggiungimento di un equilibrio resta una questione conflittuale. Il regime iperprotezionista della proprietà pubblica ostacola certe operazioni, ma le tecniche e gli strumenti utilizzati per rentabilizzare il demanio e adattarsi alle nuove necessità devono essere razionalizzati e regolati perché, in caso contrario, esiste il rischio di danneggiare gravemente l'assegnazione. Il regime demaniale deve essere applicato con cautela affinché non perda la sua ragion d'essere. Risulta di fondamentale importanza assicurare una buona convivenza tra i principi storici e gli interessi economici della valorizzazione. Non si può nascondere la convenienza di trarre profitto dai beni che appartengono alle amministrazioni pubbliche, ma non è neanche possibile accettare lo sfruttamento del demanio a qualsiasi costo. Pertanto, sebbene sia vero che le conseguenze provocate dall'estensione smisurata del regime demaniale debbano essere puntualizzate, e ciò costituisca uno dei problemi più urgenti riguardo al demanio, altrettanto lo è l'assegnazione originaria svolta dai beni, la quale non può essere violata. Dunque, come limite insuperabile, possiamo affermare che queste tecniche non potranno essere ammesse nel caso in cui siano contrarie all'assegnazione. Ossia, sebbene la volontà di valorizzare economicamente il demanio conduca inevitabilmente a una limitazione progressiva del principio di inalienabilità, non si può danneggiare questo principio fino al punto di trasformarlo in un'eccezione alla regola. Di conseguenza, occorre rivedere, per quanto ciò risulti difficile, la portata tradizionale assegnata alle regole dell'inalienabilità, inespropriabilità e imprescrivibilità, al fine di ottenere la conciliazione della protezione del demanio con la ricerca della rentabilità delle sue dipendenze.

Dato che gli interessi generali e, pertanto, i fini determinanti del vincolo dei beni non sono necessariamente incompatibili tra loro, l'assegnazione non risulta in ogni caso escludente. Sono pertinenti, perciò, le assegnazioni concorrenti, anche denominate coassegnazioni o assegnazioni secondarie, come indicato nell'art. 67 della LPAP, che comportano il vincolo dei beni, contemporaneamente, a più di un uso o servizio pubblico in forma indistinta, ben segnalando uno di essi come principale rispetto agli altri, di carattere secondario. Le assegnazioni concorrenti fanno riferimento al fenomeno in base al quale si destina un bene a più di una finalità pubblica suscettibile di determinare la sua inclusione nel regime demaniale. Le leggi regolatrici dei settori demaniali speciali prevedono anche questa possibilità.

**Decima.** In altri paesi del nostro contesto giuridico, e specialmente in Francia, si

## CONCLUSIONI

è guardato al demanio con diffidenza, considerandolo un ostacolo –per la sua rigidezza– alla risposta della richiesta di grandi infrastrutture pubbliche da parte della società. I postulati tradizionali del diritto amministrativo francese dei beni sono stati puntualizzati, in quanto, attualmente, la necessaria considerazione dell'interesse generale è ponderata con le esigenze di sfruttamento e il carattere assoluto dell'assegnazione, riveduto alla luce degli imperativi economici.

Si è prodotta e riconosciuta l'esistenza di una crisi del demanio, parallela allo sviluppo su di esso di una serie di attività che lo hanno obbligato ad assumere una dimensione economica. Il mercato si è infiltrato nell'ambito demaniale, generando due conseguenze fondamentali: da un lato, l'esigenza di una maggiore rentabilità e produttività e, dall'altro, la necessità di non trascurare, come effetto di questi nuovi requisiti, la protezione dell'assegnazione al servizio e all'uso pubblico, che è, in definitiva, il fondamento teorico del regime demaniale.

La situazione che originò la modifica della regolazione della proprietà era caratterizzata da due elementi: un'ipertrofia della demanialità pubblica, conseguenza di un'interpretazione troppo esigente del principio di inalienabilità, e un sistema di fonti che generava insicurezza giuridica e rendeva difficile la possibilità di stabilire quale fosse il diritto applicabile. Esisteva una confusione che dimenticava che la demanialità pubblica ha, come oggetto principale, l'inalienabilità del bene, congiunta a una regolazione generale obsoleta e una dispersione delle norme regolatrici dei settori speciali. Queste circostanze generavano grossi ostacoli giuridici rispetto alle operazioni di valorizzazione della proprietà pubblica. Ciò, unito alla crisi economica, ha determinato che le necessità finanziarie delle Amministrazioni fossero in aumento e si trovassero nella necessità di incrementare la redditività rentabilità del demanio, tentando di ottenere i benefici dai beni.

La modifica del diritto delle proprietà pubbliche non ha preteso che il demanio scomparisse, ma ha assegnato una maggiore flessibilità al regime della demanialità, al fine di adattare meglio la sua gestione all'interesse generale. In Francia, paese che segnalò le categorie del demanio e della proprietà privata come due concetti contrapposti, è possibile osservare una tendenza flessibilizzatrice o privatizzante che applica ai beni demaniali determinate regole del regime giuridico privato. Si è proceduto a una profonda modifica del diritto demaniale, introducendo importanti novità. In primo luogo, si è confermato lo statuto proprietario delle amministrazioni pubbliche sui loro beni, permettendole l'uso di ogni strumento di questo diritto di

proprietà corretto dall'assegnazione. Poiché l'assegnazione è, anche in Francia, la pietra miliare del regime della demanialità, essa agisce come limite e misura dei dogmi che compongono il regime giuridico demaniale. Ciò significa che il regime giuridico del demanio è limitato ai requisiti dell'assegnazione, durante la vigenza della stessa e deve cessare la sua applicazione quando cessino le necessità dell'assegnazione. È fondamentale dissipare ogni confusione tra demanialità e proprietà. La demanialità non è mai un sostituto della proprietà né può farla scomparire, in quanto la proprietà pubblica è una condizione del regime di demanialità. In secondo luogo, si è posta la demanialità nel luogo che le compete: limitata ai requisiti dell'assegnazione. Si debilita la rigida separazione tra le due categorie e, allo stesso tempo, si mette in discussione la non sempre giustificata applicazione dei due principi giuridici demaniali.

Sul fenomeno della valorizzazione francese esistono differenti opinioni dottrinali che contribuiscono a una visione importante dei vantaggi e degli inconvenienti che questa pratica comporta. Da un lato, esiste una chiara corrente favorevole che risalta tutte le loro virtù, secondo la quale la valorizzazione l'assegnazione non contraddice un'utilità pubblica, bensì la completa, permettendo l'ottenimento di benefici. Di conseguenza, essa deve essere difesa e ricevuta favorevolmente, in quanto sostituisce la regolazione giuridica esistente precedentemente, che era sfasata, dispersa e inintelligibile. Tra altri autori, si citi GAUDEMET, il quale considera che sostenere che il diritto di proprietà delle persone pubbliche sia sostanzialmente della stessa natura di quello dei soggetti privati, affermazione sulla quale si costruisce il CGPPP (*Código General de la Propiedad de las Personas Públicas*), è fondamentale per la corrente di valorizzazione. Tale valorizzazione deve essere accolta favorevolmente, in quanto contribuisce alla flessibilità e non trascura l'assegnazione. Quando è presente l'assegnazione, corregge e limita il diritto di proprietà pieno onde evitare possibili minacce. Al contrario, esistono voci che argomentano che non tutti sono benefici. Esse avvertono che l'economia di mercato, i cui meccanismi sono stati applicati al demanio, non è la panacea, il rimedio miracoloso o la soluzione a un sistema caratterizzato dalla sua inadeguatezza. La realtà non è nuova, visto che l'intera storia della demanialità può essere riassunta nella convenienza o no di escludere determinati beni dal commercio ordinario, e comporta utilità, ma anche seri pericoli.

Cercare un equilibrio tra la valorizzazione e la protezione dei beni presenta difficoltà e seri pericoli. È importante considerare che l'assegnazione dovrà essere la guida e che, senza alterare le categorie giuridiche del nostro ordinamento, certi strumenti potranno essere utilizzati convenientemente. Pertanto, rispettando i

## CONCLUSIONI

principi ispiratori dell'ordinamento spagnolo, potranno essere accolte tecniche e iniziative adottate dal diritto francese che migliorino la gestione, senza mettere a rischio né trascurare la missione di interesse generale che ogni bene è destinato a compiere.

**Undicesima.** Seguendo la scia francese, il legislatore francese ha sviluppato una politica di valorizzazione, nella convinzione che il concetto tradizionale dell'improduttività obbligatoria del demanio fosse una mera convenzione giuridica e che si dovessero introdurre modifiche al riguardo che cambiassero tale realtà. Si mostrò evidente la necessità di fare conto su un quadro giuridico patrimoniale più conforme ai tempi attuali, capace di definire le direttrici sulla gestione e l'eventuale liquidazione dei beni eccedenti per le funzioni pubbliche; oltre a conciliare gli aspetti del regime giuridico e contabile con i profili economici e finanziari connessi alla proprietà pubblica.

Si può osservare così l'introduzione paulatina della corrente della "*valorizzazione dei beni*" in Italia, che tenta di realizzare una ricostruzione completa del regime giuridico dei beni pubblici. Si definisce come il processo di cambiamento verso una coscienza giuridica più coerente con il valore politico, economico e finanziario dei beni demaniali e con le nuove forme e i nuovi strumenti di uso, rivolti alla soddisfazione degli interessi della collettività, principalmente attraverso il riconoscimento e la delimitazione della demanialità. Questo ultimo aspetto è molto importante, in quanto i beni sono considerati principalmente come un mezzo per il godimento della comunità.

Nonostante non abbia avuto una buona accoglienza, è da rilevare la Commissione di esperti presieduta da RODOTÀ, il quale elaborò una proposta di estremo interesse, finalizzata a realizzare una riforma integrale delle norme del C.c. italiano relative ai beni in generale e ai beni pubblici in particolare. Le ragioni indicate per questa riforma erano pienamente coerenti con i fattori di cambiamento che si stavano attuando: alcune categorie di beni erano classificate correttamente nel C.c., altre richiedevano un cambiamento; le risorse naturali necessitavano di una protezione più duratura; la nuova filosofia nella gestione del patrimonio pubblico esigeva una migliore amministrazione dei beni che rimanevano di proprietà pubblica e la garanzia che il Governo non cedesse alla tentazione di vendere beni pubblici per ragioni diverse da quelle strutturali e strategiche.

La proposta normativa di questa Commissione tentava di superare gli schemi del diritto delle proprietà pubbliche, offrendo una regolazione che rivestisse tre

caratteristiche innovative. In primo luogo, conteneva una disciplina strutturale e di riferimento per i beni pubblici, adatta a recuperare una dimensione ordinatrice e razionalizzante della realtà normativa. In secondo luogo, sopprimeva la classificazione tradizionale tra beni demaniali e indisponibili, ridistribuendoli in nove categorie basate sulla loro natura economico-sociale: beni non suscettibili di appartenere a soggetti privati e beni con vocazione pubblica, ma potenzialmente capaci di appartenere anche a soggetti privati. Infine, introduceva normativamente la categoria concettuale dei beni comuni e la dotava di una regolazione ispirata ai principi di solidarietà intergenerazionale e di sviluppo sostenibile.

La Commissione proponeva così un capovolgimento concettuale della classificazione del Codice civile. Sostituendo la logica classica che deriva le categorie di beni dai loro regimi giuridici, la Commissione partiva dalle diverse tipologie di beni per dedurre i regimi giuridici, tentando di riflettere la loro rilevanza economica e sociale, mediante una classificazione basata sulle utilità da essi prodotte e il vincolo di queste alla tutela dei diritti della persona e agli interessi pubblici essenziali. Si difendeva una nozione oggettiva di bene pubblico, fino al punto che la condizione pubblica esisteva formalmente nonostante la possibile privatizzazione e commercio del bene attraverso negozi di diritto privato. Il bene pubblico, ferma restando la sua titolarità non necessariamente pubblica, resterebbe assegnato alla sua destinazione istituzionale, soggetto alla regolazione da parte dei poteri pubblici e protetto tramite potestà amministrative di tutela esecutiva *ad hoc*. L'idea fondamentale era che la destinazione pubblica potesse essere garantita attraverso un vincolo oggettivo di destinazione, indipendentemente dall'attribuzione della sua titolarità a un ente pubblico.

Tuttavia, il cambiamento di titolarità del Ministero dell'Economia e delle Finanze nel luglio del 2005 fece decadere il progetto, e ciononostante, a giugno del 2006 si decise di proseguire con i lavori rivedendo il quadro giuridico dei beni pubblici contenuto nel C.c. Il Ministro di Giustizia formalizzò l'incarico alla Commissione RODOTÀ, denominata «Commissione sui Beni Pubblici per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici», istituita il 21 giugno del 2007, di redarre uno schema di disegno di legge delega per la riforma delle norme del CC italiano a proposito di beni pubblici. Le si incaricò di rinnovare il Libro III del C.c. per recuperare la funzione ordinante del diritto della proprietà e dei beni.

Al di fuori della menzionata Commissione di riforma, la corrente di “valorizzazione” si è concretizzata attraverso distinti strumenti giuridici, tra i quali si

## CONCLUSIONI

distinguono gli usi del demanio, classica valorizzazione mediante le concessioni e i canoni corrispondenti; la creazione della Società Anonima “Patrimonio dello Stato”; e le operazioni di privatizzazione e alienazione, che, altrettanto, sono state una realtà, specialmente negli ultimi anni.

In virtù della Legge num. 112/2002, del 15 giugno, fu creata la Società Patrimonio dello Stato, S.p.a., persona giuridica sostanzialmente pubblica, appartenente agli enti strumentali dello Stato, la cui missione consiste nella «valorizzazione, gestione e alienazione» dei beni statali, rispettando i requisiti e le finalità propri dei beni pubblici. Al fine di ampliare l'operatività della società, si permette altresì il trasferimento di altri diritti costituiti a favore dello Stato, e dunque questo può acquisire e alienare beni mobili, ma anche diritti su beni immateriali, contrarre debiti e cedere crediti. Un altro tra i fenomeni che si sono evidenziati è l'adozione del procedimento di alienazione e privatizzazione, ai quali si è ricorso per ridurre l'indebitamento, lasciando sfumare così l'intenzione di migliorare la regolazione dei beni, in quanto il fattore che ha dato un vero impulso a questo processo coincide con l'urgente esigenza di risanamento dei conti pubblici.

**Dodicesima.** L'attuale corrente di valorizzazione della proprietà pubblica non può applicarsi allo stesso modo ed intensità su tutti i tipi di beni pubblici. Infatti i beni demaniali e i beni patrimoniali sono soggetti a regimi giuridici diversi. Inoltre in base alla giurisprudenza della Corte Costituzionale num. 166/1998, 15 luglio 1998, i beni pubblici sono soggetti ad un ulteriore regime giuridico, applicabile ai beni materialmente destinati (i beni patrimoniali indisponibili) ad uso pubblico o servizio pubblico che non assolvono la funzione. Questi beni materialmente destinati sono stati introdotti nel ordinamento giuridico spagnolo dalla Sentenza della Corte Costituzionale, che riconosce quel gruppo intermezzo. In essa, la Corte costituzionale decide in favore della espropriabilità dei beni che non soddisfano uno scopo pubblico, sulla base della differenziazione preventiva in termini di status giuridico, tra loro e i beni demaniali. Ciò ha dato luogo ad una serie di modifiche legislative nel Diritto locale, statale e regionale, che hanno stabilito un nuovo quadro giuridico riguardante il privilegio di inalienabilità dei beni pubblici.

**Tredicesima.** La ammissione dei beni patrimoniali che sono destinati ad un uso pubblico (indisponibili) deve essere fatta con cautela poiché potrebbe distorsionare la classica dialettica tra demanio e patrimonio.

Il Suo riconoscimento legale richiede un equilibrio tra due affermazione:

- 1) I beni patrimoniali indisponibili non appartengono al demanio: non ci avrebbe senso la loro autonomia.
- 2) I beni patrimoniali indisponibili non sono soggetti a regimi giuridici applicabili ai due tipi di beni (beni demaniali e beni patrimoniali).

Occorrerà perciò progettare un regime giuridico intermedio, che tenga conto del regime demaniale e del patrimoniale tradizionale e permetta ottimizzare la redditività, importante sempre tanto più in periodi di crisi economica. I beni patrimoniali indisponibili possono offrire notevoli vantaggi riguardo il loro uso e sfruttamento.

La destinazione rimane il punto principale riguardo le possibilità di uso e sfruttamento, una volta che sia soddisfatta e garantita, nulla impedisce l'utilizzo nei termini propri del diritto di proprietà attraverso pratiche giuridiche pertinenti. Si dovrà verificare caso per caso se i beni sono suscettibili di essere affittati, alienati, permutati o ceduti a titolo gratuito. Tutto dipenderà dall'effettiva compatibilità tra l'uso che si richiede e la sua conformità. Quindi si potranno registrare, fatto salvo e assicurandone il pubblico utilizzo, riferendosi ad una tecnica giuridica adeguata, tanto più in quanto non si sia in presenza di beni demaniali. In tema di trattative che interessano i beni pubblici, il nostro ordinamento giuridico già dispone l'obbligo di ogni sorta di garanzia.

**Quattordicesima.** Particolare attenzione dovrebbe essere fatta per gli edifici pubblici perché, anche se sono considerati beni demaniali da parte LPAP nel suo art. 5, sarebbe auspicabile qualificarli come disponibili e razionalizzarne lo status giuridico. Non c'è ragione nel nostro Diritto positivo per mantenere il carattere demaniale di questi beni. La accettazione della categoria di beni patrimoniali disponibili a un uso, servizio e/o funzione pubblica dovrebbe portare alle modifiche opportune guadagnando in trasparenza e chiarezza. Si può affermare che, alla luce della tradizione giuridica in materia, della regolamentazione fatta dalla LPAP e delle norme regionali più recenti, il regime giuridico degli uffici amministrativi destinati ad uffici e dipendenze amministrative risponde ad un modello alquanto omogeneo orientato ai principi demaniali, ottimizzazione, efficienza, coordinamento e pianificazione della gestione del patrimonio. Tra l'altro, essendo il concetto di edificio certamente ampio, la legislazione statale e regionale include tra gli immobili già destinati o adibiti alle funzioni amministrative quelli suscettibili di esserlo in futuro e pure i terreni

## CONCLUSIONI

acquistati dall'Amministrazione per costruirvi tali immobili.

Con ciò consacrando *ministerio legis* una specie di destinazione "virtuale" o anticipazione certamente problematica: si pensi ad esempio agli edifici di natura patrimoniale "suscettibili di essere destinati" in futuro ad uffici. Come determinare il concetto giuridico di "suscettibilità" che ammette molteplici graduazioni? Inoltre si limita agli edifici già preparati o adattati a tali scopi? Si estenderebbe il concetto a quelli che hanno bisogno di modifiche?

La questione non è banale, perchè, a seconda della risposta, quando si decide la destinazione effettiva dell'immobile, regime di gestione demaniale o bene patrimoniale, le operazioni di trasformazione relative al regime giuridico applicabile sono molto diverse.

È nostra opinione che non si dovrebbe accogliere il concetto di "destinazione virtuale" poiché, se da un lato "blinda" e protegge una futura destinazione di quei beni così destinati, dall'altro ha un effetto distorsivo relativamente alle possibili operazioni o pratiche giuridiche (cessione, permuta o alienazione) in cui potrebbe incorrere il bene prima della realizzazione del suo destino (si pensi, ad esempio ad operazioni urbanistiche non previste che coinvolgono il bene).

Si potrebbe così dare natura patrimoniale agli edifici amministrativi; in particolare configurandoli come beni patrimoniali destinati per specifico vincolo a "servizio o funzione pubblica" (art. 30.3 della LPAP); il che darebbe vari vantaggi:

1.- In termini generali, il regime di gestione e uso da parte di terzi degli edifici amministrativi sarebbe quello proprio dei beni patrimoniali disponibili e quindi più flessibile dell'attuale.

2.- Le note eccedenti questo regime sarebbero limitate a quelle relative alla difesa e protezione (che basicamente sono ugualmente applicabili ai beni patrimoniali e demaniali) e all'applicazione del privilegio dell'inalienabilità, che è quanto stabilisce l'art. 30.3 della LPAP per i "beni patrimoniali disponibili" (che peraltro non ha carattere assoluto e completo) in obbedienza alla citata giurisprudenza della Corte Costituzionale (166/1998 del 15 luglio).

3.- Si dovrebbe prevedere, come conseguenza di questa natura giuridica, la applicazione del regime di allocazione e di de-allocazione demaniale agli edifici amministrativi, esigendo però, riguardo la inalienabilità, preventivamente la de-allocazione della



funzione o servizio cui sarebbero vincolati.

**Quindicesima.** Riguardo gli edifici amministrativi, si deve citare come intento di valorizzazione, anche se poco riuscito, l'operazione finanziaria denominata "vendita e lease-back", realizzata da alcune Amministrazioni pubbliche.

Il contratto "sale and lease-back" consiste nella vendita di un bene (in questo caso bene immobiliare) da parte del proprietario che necessita liquidità in cambio di un pagamento rateale con l'opzione di riacquisto, però con la peculiarità che il bene deve essere acquistato dal locatore. Tale contratto, concepito come meccanismo di finanziamento delle imprese, ha una pratica giuridica complicata.

Dal punto di vista economico la società che trasferisce l'elemento patrimoniale non ne perde la disponibilità materiale o il suo possesso durante tutta la vita utile poiché questo rimane sempre disponibile all'attività imprenditoriale.

In pratica il venditore consegue un finanziamento ripagato nei tempi stabiliti dal contratto di locazione.

La Junta de Andalucía approvò l'alienazione di proprietà dell'Amministrazione regionale a favore di due Enti pubblici: la Sociedad de Gestión, Financiación e Inversión Patrimonial, S.A. e la Empresa Pública de Gestión de Activos, S.A. con lo scopo di ottenere le risorse finanziarie per il rispetto del bilancio.

Quindi la Junta trasferì la titolarità di questi edifici alle società sopra menzionate al fine di conseguire il credito necessario dal sistema bancario. La valutazione degli immobili ha costituito il prezzo. In seguito si diede facoltà ai responsabili dei due enti e alla Consejería de Hacienda -competente per il patrimonio regionale- di firmare contratti di locazione per la durata di 35 anni che figurano nei costi dei dipartimenti interessati.

La pratica evidenza che la demanialità degli edifici amministrativi altro non è che un arbitrio formale con vantaggi ed inconvenienti. Non sempre si proteggono i beni quando si conferisce loro la qualifica "demaniale". Il regime demaniale rimane ridotto a formalità e, nonostante la caratteristica che si attribuisce al bene, si può cambiare la destinazione con una semplice de-allocazione, che peraltro può già essere implicitamente prevista nell'accordo di alienazione.

**Sedicesima.** Le Amministrazioni pubbliche, al fine di rispondere alle

## CONCLUSIONI

proprie necessità in materia di costruzione, innovamento e manutenzione della proprietà pubblica hanno fatto ricorso a diversi tipi di strumenti giuridici la cui caratteristica è potenziare economicamente i beni e la loro redditività.

Vari sono gli elementi giuridici utilizzati per la valorizzazione del dominio pubblico, che tentano di conciliare questa volontà e la protezione della proprietà pubblica.

Tra queste tecniche di valorizzazione, deve essere posta attenzione all'utilizzo dei beni demaniali permessi dalla LPAP, dal momento che il regime giuridico di questi beni si centra maggiormente sul problema del loro utilizzo e sfruttamento; si può affermare che il senso principale della regolarizzazione di questi beni, cioè del loro regime giuridico esorbitante, ha come scopo garantire e regolare il suo uso sia per i privati come per gli Enti pubblici.

Si può dire che una delle manifestazioni di valorizzazione ha luogo per le occupazioni del dominio pubblico giacché gli usi che se ne fanno permettono di ottenere profitti e godere delle miglorie apportate dagli occupanti.

Gli operatori privati sviluppano finanziariamente i beni pubblici grazie alla loro occupazione ed alla produttività. Il nostro Diritto permette tre differenti tipi di utilizzo del dominio pubblico: uso comune, uso speciale e uso privato, questi ultimi sono però quelli che permettono una valorizzazione o redditività dei beni, poiché implicano la possibilità di esigere un corrispettivo o il pagamento di una imposta.

Il carattere economico dell'imposta per la occupazione de dominio pubblico conferma la valorizzazione ottenuta. Sicuramente le autorizzazioni e le concessioni possono essere date a titolo gratuito, con il requisito però di una controprestazione o dall'imposizione di condizioni, oppure essere soggetti al pagamento di tasse, canoni o imposte per l'uso privato o per il beneficio speciale di determinati beni demaniali, che in tal modo ottengono proventi.

**Diciassettesimo.** Le modalità di utilizzo del dominio pubblico che oltrepassano i limiti dell' "uso comune generale" richiedono una concessione o autorizzazione demaniale. Ciò significa che, per poter usare i beni in modo speciale o privato, è necessario possedere un espresso titolo abilitante secondo la legge o un atto dell'Amministrazione. Tanto l'utilizzo privato come il godimento speciale del dominio pubblico, sono forme di occupazione caratterizzate da relazioni stabili e continuative, di

maggior o minor durata, che portano rispettivamente alla tecnica giuridica della concessione o autorizzazione.

I titoli tradizionalmente configurati dal legislatore a tal fine sono la concessione e la autorizzazione demaniale; figure giuridiche i cui profili distintivi non sono chiaramente delineati dalla legislazione patrimoniale di base.

La distinzione che stabiliva la autorizzazione come il titolo appropriato per l'uso speciale e la concessione per l'uso privato, è scomparsa nella LPAP, che ha formulato poco nitide frontiere, concedendo possibilità all'autorizzazione per legittimare certi usi privati.

La possibilità di usi privati soggetti ad autorizzazione ha provocato la applicazione a tale titolo di aspetti propri della concessione, causando così la perdita progressiva delle caratteristiche tipiche del contratto o la possibilità di revoca senza indennizzo. Si deve osservare che la LPAP regola con gli art. 97, 98 e 99 le denominate transazioni giuridiche riguardanti la concessione o con oggetto la stessa, al fine di permettere agli occupanti privati di ottenere maggior stabilità, abilitandoli legalmente a realizzare operazioni prima non possibili.

L'art. 97 riconosce ai concessionari un diritto reale non sul dominio pubblico ma sulle opere, costruzioni e installazioni che, pensato per aumentare il finanziamento di infrastrutture, limita il consueto abbandono, che i concessionari sono soliti fare, delle proprie installazioni all'approssimarsi del termine della concessione.

Ciò nonostante, se il criterio della compatibilità tra il diritto reale e la destinazione è considerato insufficientemente protettore dei beni demaniali e perché potrebbe pregiudicare la corretta gestione dei beni.

L'articolo 98 della LPAP si occupa della cessione o trasmissione dei diritti sulle opere, costruzioni e installazioni di carattere immobiliare, e della ipoteca che il titolare può mettere a garanzia dei prestiti contratti per finanziarne la realizzazione, dipendenza demaniale occupata.

Le crisi di bilancio dei poteri pubblici e la conseguente necessità di nuove fonti di entrate sta alla base degli atti giuridici riguardanti la concessione regolati dalla LPAP, che cerca di dare una risposta alle nuove richieste e sfide che la attualità propone.

**Diciottesima.** È principio generale che gli utilizzi speciali e privati

## CONCLUSIONI

del dominio pubblico che portano beneficio a un determinato soggetto, siano soggetti al pagamento di una tassa, canone od imposta. In particolare, le tasse, in quanto tributi, sono prestazioni pecuniarie che rispondono al dovere di contribuire al fine basilare di ottenere fondi per il sostenimento della spesa pubblica. La ragione dell'imposizione di tasse, canoni e imposte consiste nell'uso privato per il godimento delle concessioni, autorizzazioni od altre forme di aggiudicazioni dei beni pubblici date dalle amministrazioni competenti, secondo le disposizioni specifiche che le regolano.

L'imposizione del importo da pagarsi per l'utilizzo dei beni pubblici deve differenziarsi dal prezzo pubblico dal momento che entrambi (sia quelli del cittadino che del concessionario) sono introiti originati dalla stessa ragione, cioè la consegna diretta di beni o la prestazione di servizi, ma per il concessionario la relazione è contrattuale e volontaria perché l'obbligo di pagamento non è imposto da alcuna norma e non è condizione previa per l'ottenimento del servizio. L'Ente pubblico non è investito di alcuna autorità, per quanto il prezzo pubblico (al concessionario) è un corrispettivo economico liberamente richiesto dal pagatore.

La tassa invece nasce dalla imposizione da parte di un potere pubblico ed è stabilita senza la volontà del soggetto chiamato a soddisfarla: è una prestazione patrimoniale imposta coattivamente e sottoposta alla riserva di legge. Si considerano prestazioni coattivamente imposte le prestazioni pecuniarie che derivano dalla utilizzazione di beni, servizi o attività fornite dagli Enti pubblici nella posizione di monopolio di fatto o di diritto, perché la libertà di contrattare, la possibilità di astenersi di utilizzare il bene, il servizio o l'attività non è una reale ed effettiva libertà.

I beni demaniali sono di proprietà degli Enti pubblici e sono loro gli unici che possono concedere il titolo (autorizzazione o concessione) per le richieste di uso speciale o privato. Le tasse dovute stante il titolo amministrativo abilitante, occasionano valorizzazione tradizionale, anche se precaria e non per questo può essere ignorata.

**Diccionovesima.** Nel contesto della valorizzazione, deve considerarsi anche la cessione gratuita dei beni, in quanto questa figura giuridica, che permette alle Amministrazioni Pubbliche di cedere i beni pubblici per fini di interesse generale, si inquadra nella corrente di redditività quando il suo impiego si inquadra senza difficoltà innecesarie.

La ragione d'essere del principio d'inalienabilità è la protezione della destinazione (dei beni) e nel caso di trasferimento dell'uso o della proprietà di

certi beni tra le pubbliche Amministrazioni, non danneggia, anzi favorisce una gestione dinamica e una circolazione efficace che manifesta una tecnica di valorizzazione.

L'art.145 della LPAP ammette che i beni e i diritti patrimoniali della Amministrazione Generale dello Stato possono essere ceduti gratuitamente, per la realizzazione dei fini di utilità pubblica o d'interesse sociale nella loro sfera di competenza, a Comunità autonome, Enti locali, fondazioni pubbliche o associazioni dichiarate di pubblica utilità. Così come possono essere ceduti anche a Stati Stranieri, organizzazioni internazionali nell'ambito di operazioni per il mantenimento della pace, cooperazione politica o aiuto umanitario per la realizzazione dei propri fini. In questo modo, si favorisce la corrente di circolazione dei beni senza che se ne perda il carattere pubblico né il suo destino o vincolo verso obiettivi di interesse generale.

**Ventesima.** La divisione in parti della proprietà demaniale o la divisione verticale dei lotti, che implica la creazione di proprietà separate e autonome (una, la superficie, di dominio pubblico, e una seconda che dopo la sua dismissione si converte un bene patrimoniale) configura oggetti di differente diritto, suscettibili di appartenere a distinti proprietari. L'applicazione o l'assoggettamento ad un regime giuridico diverso, favorisce la valorizzazione del dominio pubblico quando permette l'uso della parte edificata emergente e del sottosuolo per vari usi che possono portare soluzione a problemi urbanistici concentrati sulla superficie .

Questi possibili usi sono aumentati a causa delle maggiori opportunità di utilizzo del demanio da parte del privato permesso dal diritto urbanistico. La pianificazione urbanistica suppone una modifica al sistema giuridico tradizionale che restringeva l'uso del sottosuolo del dominio pubblico alla figura giuridico amministrativa della concessione, ora è possibile optare tra differenti regimi e figure giuridiche.

Se si produce lo smembramento del sottosuolo, applicando la tecnica giuridica opportuna, sorgerà la proprietà divisa e in conseguenza la natura giuridica del sottosuolo potrà essere diversa a quella della superficie.

Di fronte alla classica enunciazione del principio d'inalienabilità del dominio pubblico, ultimamente sta emergendo una corrente favorevole alla costituzione di servitù ed altri diritti reali civili sul dominio pubblico quando la sua applicazione non alteri la destinazione e il servizio pubblico del bene gravato dalla servitù.

La realtà impone questa tendenza così accentuatamente pragmatica, che mira a

## CONCLUSIONI

ridurre la precarietà, le limitazioni temporali e quelle che risultano dalla polizia demaniale per gli occupanti privati del dominio pubblico.

In questo senso e continuando con le modalità di occupazione, la pianificazione urbanistica ha permesso la segregazione verticale dei lotti mediante il diritto di superficie, ciò apporta grandi vantaggi.

Il diritto di superficie rende possibile, in modo temporale, la cessione del dominio utile dei lotti situati nella parte edificata emergente e nel sottosuolo, poiché attribuisce al superficiario la facoltà di realizzare costruzioni o edificazioni sulla superficie, nella parte al di sopra del suolo e al di sotto di una proprietà altrui, mantenendone la proprietà temporaneamente .

Ciò significa che il trasferimento in regime di diritto di superficie, come la concessione amministrativa, genera una titolarità temporale soggetta a revisione; senza dubbio la concessione demaniale non costituisce un diritto reale civile né sottintende regime di divisione della proprietà. Tuttavia la cessione può essere più ampia con il diritto di proprietà pieno di terreni situati nella parte al di sopra del suolo o del sottosuolo di beni di dominio pubblico, occasionando la indipendenza totale del sottosuolo e della parte soprastante il suolo dalla proprietà della quale fanno parte i sopradetti.

Per poter praticare queste operazioni, c'è bisogno che (i beni) siano privati della loro destinazione come requisito previo al trasferimento della parte al di sopra del suolo o del sottosuolo; come richiesto dall'art. 350 del Codice civile, secondo il quale il sottosuolo deve godere della stessa natura del suolo, essendo parti integranti dello stesso bene.

Secondo questa tesi, sotto il suolo di proprietà privata si trova il sottosuolo privato, mentre sotto il suolo di proprietà demaniale si trova il sottosuolo demaniale.

L'articolo 8.2 della Legge di Suolo spagnola del 2008, in relazione alle autorizzazioni che integrano il diritto di proprietà, afferma che queste si applicano alla parte sopra il suolo e sotto il suolo, secondo i dettami degli strumenti di pianificazione urbanistica, conformemente alle leggi applicabili e con i limiti e servitù richiesti dalla protezione del dominio pubblico; ciò implica la demanialità del suolo come prevede il Piano Regolatore Generale di assetto urbano. L'estensione del diritto di proprietà sulla parte sopra e sotto il suolo arriva fino a        dove il Piano lo permette.

Siccome questa è la dottrina maggioritaria si comprende la esigenza che i beni siano sottratti alla loro destinazione come requisito previo al trasferimento, perché il sottosuolo di un terreno di dominio pubblico possa avere, ad esempio, un uso diverso da quello del suolo. Perciò si dovrebbero specificare le regole determinanti della estensione del dominio pubblico sugli strati della proprietà e la non automaticità della qualifica di demanialità quando uno spazio ne perde i requisiti.

Si deve menzionare che la estensione del regime di proprietà ai volumi o lotti in cui la proprietà può essere divisa non deve portare con sé il suo regime giuridico -ancor meno- quando il regime é il demaniale.

L'art 350 del Codice civile spagnolo stabilisce l'estensione della proprietà pubblica, ma non del dominio pubblico, dove è essenziale la destinazione, elemento costitutivo e determinante del regime giuridico demaniale. In altre parole, gli effetti della demanialità pubblica devono limitarsi alla ragione che la giustifica: il rispetto e l'adempimento della sua destinazione a un'utilità pubblica, e non arrivano a lotti o volumi della proprietà che non compiono una finalità pubblica.

Esistono diversi argomenti a favore e contro la demanializzazione in modo generico del sottosuolo. Tra le giustificazioni, si citano: le esigenze medio ambientali (il sottosuolo è una risorsa naturale scarsa), la certezza giuridica che definisce la demanialità del sottosuolo a partire da una determinata profondità e la protezione dei beni relativa al dominio pubblico.

Tra le argomentazioni contro si propongono: la impossibilità di utilizzare come motivo di destinazione qualsiasi finalità costituzionalmente legittima (ci sono limiti al riguardo), l'evidente interesse generale necessario perché il suolo sia dichiarato pubblico, così come il rispetto della proprietà privata e infine i principi di adeguatezza e sufficienza (art.6b della LPAP) che permettono adattare la destinazione dei beni per servire l'uso generale o al servizio pubblico destinato.

Il sottosuolo deve essere quindi demanializzato quando la "destinazione dell'uso" lo richieda e deve essere qualificato patrimoniale o addirittura privato in caso contrario.

In ogni caso, ciò che si deve tener presente deve essere la "destinazione dell'uso" che indica in quali casi è necessario e conveniente demanializzare il sottosuolo

## CONCLUSIONI

ed in quali altri, al contrario, è conveniente sottoporlo al regime patrimoniale o privato.

**Ventesimoprima.** I problemi di natura finanziaria che hanno le Amministrazioni pubbliche, i vincoli di bilancio, l'obbligo di adempiere al principio di stabilità di bilancio, l'impegno di un'efficiente uso delle risorse pubbliche e la crescente domanda di infrastrutture dei cittadini, hanno causato l'introduzione di nuove formule, da parte degli enti pubblici, per una più stretta collaborazione tra lo Stato e i cittadini (prima il potere pubblico agiva in modo imperativo). Il contenimento dell'espansione della demanialità nell'ambito delle opere pubbliche è uno degli aspetti principali di questa tendenza di valorizzazione. Non c'è dubbio che ci troviamo al culmine di questo trend come dimostra la proliferazione di formule contrattuali nell'ambito patrimoniale pubblico e in quello della contrattazione pubblica. Riguardo la contrattazione, queste formule si materializzano nei contratti atipici, che hanno conosciuto un grande sviluppo nella pratica, anche se si deve riconoscere che in questo ambito la legislazione rimane troppo indietro rispetto alla realtà.

**Ventesimoseconda.** Come si vede chiaramente, in Europa, ci sono diverse manifestazioni della corrente di valorizzazione nel settore dei contratti pubblici. L'idea del recupero si è spostato in modo significativo al settore delle infrastrutture e delle opere pubbliche, ed il sistema giuridico spagnolo non fa eccezione. Il problema è che camminiamo in quel percorso, ma senza una chiara concezione dogmatica.

Sarebbe ingiusto negare che le formule contrattuali analizzati hanno evidenti vantaggi per le Amministrazione, in termini finanziari e di bilancio, ma non si può dimenticare che molti di loro portano una socializzazione dei costi sugli utenti che è venuto per essere visto e "sentito" come una sorta di imposizione indiretta (materializzata nel comunemente chiamato "shadow toll").

**Ventesimoterza.** L'Unione Europea non solo ha espresso la necessità di cercare nuovi finanziamenti mediante contratti, ma ha anche un interesse a ricorrere le nuove alternative come la raccolta di fondi sui mercati dei capitali, promuovendo l'emissione di obbligazioni per i grandi progetti. Pertanto, la Commissione Europea e la Banca Europea per gli Investimenti hanno creato un'iniziativa denominata «Europa 2020: Una strategia per una crescita intelligente» ai fini dell'attuazione delle possibilità che questi strumenti offrono.

Con l'emissione di obbligazioni infrastrutturali (noti come *project bond*), l'attrazione di investimenti del settore privato si pretende il finanziamento di



grandi progetti infrastrutturali, soprattutto nei settori dei trasporti e dell'energia.

Prima della crisi finanziaria, le obbligazioni sono state assicurate da enti privati, ma questo sostegno è passato con le attuali condizioni economiche e non sembra possibile ripristinare il breve termine.

Pertanto, l'Unione Europea attualmente offre alle aziende il supporto necessario per l'emissione di obbligazioni per consentire il finanziamento di grandi infrastrutture, con l'intenzione di ottenere un aumento dei progetti finanziati dal settore privato, con un periodo di attuazione più veloce e ad un costo inferiore.

**BIBLIOGRAFÍA**

ACERETE GIL, J.B., *Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público-privadas*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004.

ACERETE GIL, J.B., PIÑA MARTÍNEZ, V. y TORRES PRADAS, L., *La iniciativa privada en el sector público: externalización de servicios y financiación de infraestructuras*, Aeca, Madrid, 2003.

Actas del coloquio «La valorisation économique des propriétés des personnes publiques», organizado por el *Conseil d'État en l'École Nationale d'Administration* (ENA), París, 6 de julio de 2011, publicadas en la dirección: [www.conseil-etat.fr/cde/media/document/colloque](http://www.conseil-etat.fr/cde/media/document/colloque).

AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., «La recuperación de la posesión de los bienes y derechos del patrimonio. El desahucio administrativo», CHINCHILLA MARÍN, C. (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 371-381.

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil español*, vol. III, Derecho de bienes, Edisofer, Madrid, 2004.

ALEGRE ÁVILA, J.M., *Subsuelo: hecho y derecho. Planteamiento tradicional, estudio jurisprudencial y reconstrucción técnica del régimen jurídico del subsuelo*, Thomson. Aranzadi, Ávila, 2008.

-«El subsuelo», CANO CAMPOS, T. (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo, Tomo IV. Ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 197-226.

ALMOGUERA GÓMEZ, Á., *La titulización crediticia (un estudio interdisciplinar)*, Civitas, Madrid, 1995.

ANEGÓN BLANCO, F. y MATÉ SANZ, D., «Titulización de los derechos de uso de las infraestructuras», *Revista de Obras Públicas*, núm. 3425, 2002, pp. 107-112.

ARANA GARCÍA, E., «Régimen jurídico general del patrimonio de la Administración institucional», GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (coord.), *Derecho de los bienes públicos*,

*Tirant lo Blanch*, Valencia, 2009, pp. 197-211.

ARIÑO ORTIZ, G., *La Administración institucional. Bases de su régimen jurídico. Mito y realidad de las personas jurídicas en el Estado*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1972.

-«El enigma del contrato administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 172, 2007, pp. 79-102.

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J.L., «El derecho de vuelo en nuestro ordenamiento (consideraciones a propósito de unas recientes resoluciones)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 664, 2001, pp. 681-717.

ARNAIZ EREGUREN, R., *Los aparcamientos subterráneos. Notas sobre su organización jurídica y su acceso al Registro de la Propiedad*, Civitas, Madrid, 1992.

ARNAU ESTELLER, A.J., *Los aparcamientos en el subsuelo municipal urbano*, Iustel, Madrid, 2007.

ARRAZOLA GARCÍA, L., Voz «Bienes», *Enciclopedia Española de Derecho y Administración o Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España e Indias*, Tomo VI, Imprenta de Díaz y Compañía, Madrid, 1853.

AUBY, J.B., «Contribution à l'étude du domaine privé de l'Administration», *Etudes et Documents du Conseil d'État*, 1958, p. 56.

-*Le mouvement de banalisation du Droit des personnes publiques et ses limites*, Dalloz, Paris, 1992.

AUBY, J.M. y BON, P., *Droit Administratif des biens*, Dalloz, Paris, 1995.

AVANZI, S., *Il nuovo demanio*, Cedam, Padova, 2000.

ÁVILA NAVARRO, P., *Formularios notariales*, Tomo IV, Bosch, Barcelona, 2012.

AZZENA, A., «Per una privatizzazione reale e reazionale dei beni pubblici», COLOMBINI, G. (dir.), *I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali. Profili di Diritto Interno e Internazionale*, atti del Convegno di Pisa, 20 dicembre 2007, Jovene editore, Napoli, 2009, pp. 219-237.

BALLBÉ MALLOL, M., «Concepto de dominio público», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 5, 1945, pp. 25-80.

-«Las reservas dominiales», *Revista de Administración Pública*, núm. 4, 1951, pp. 75-91.

BALLESTEROS ALONSO, M., «Derecho de vuelo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 612, 1992, pp. 2055-2083.

## BIBLIOGRAFÍA

BALLESTEROS MOFFA, L.Á., «La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el privilegio de inembargabilidad de los bienes y derechos públicos (comentario a la STC 166/1998, de 15 de julio), *Revista de Administración Pública*, núm. 148, 1999, pp. 195-226.

-*Inembargabilidad de bienes y derechos de las Administraciones Públicas*, Colex, Madrid, 2000.

-«La inembargabilidad de bienes y fondos públicos como último obstáculo para el acreedor de la Administración. La alargada sombra de la STC 166/1998, de 15 de julio», *Aranzadi Civil: revista doctrinal*, núm. 1/2005, 2005, pp. 2219-2236.

-Voz «Inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad», GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (coord.), *Diccionario de obras públicas y bienes públicos*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 389-397.

BANEL, S.; BERNARDI, E.L.; GOUTAL, Y. y WURSTHORN, I., *La valorisation du patrimoine public*, Lamy, France, 2013.

BAÑO LEÓN, J.M., «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, pp. 155-179.

BARBATI, C., *La cultura e l'arte, relazione al XVI Convegno Associazione Amministrativisti Italo-Spagnoli (AAIS) sul tema "Le esternalizzazioni"*, Genova 25-27 maggio 2006, datt.12.

BARCELONA LLOP, J., «Novedades en el régimen jurídico del dominio público en Francia», *Revista de Administración Pública*, núm. 137, 1995, pp. 549-576.

-*La utilización de los bienes por la Administración: las reservas dominiales*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

BARNÉS VÁZQUEZ, J., *La propiedad constitucional. El Estatuto jurídico del suelo agrario*, Civitas, Madrid, 1988.

-«España. El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978», BARNÉS VÁZQUEZ, J. (coord.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 25-66.

BASSOLS COMA, M., «Instituciones administrativas al servicio de la Corona: Dotación, Casa de S.M. el Rey y Patrimonio Nacional», *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, 1983, pp. 891-933.

-*Las obras públicas y el urbanismo. Los actos de uso del suelo y la ejecución de obras promovidas por la Administración del Estado*, Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, Madrid, 1994.

BEAUREGARD-BERTHIER, D., *Droit Administratif des biens*, Gualino, Paris, 2006.

BÉJAR OCHOA, J., «Infraestructuras viarias», DE LA CRUZ FERRER, J.; LÓPEZ LOZANO, M.Á. y LÓPEZ RODÓ, L. (coords.), *Conferencia Internacional sobre Financiación y gestión privada de infraestructuras de interés público*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, 1997, pp. 229-242.

BEL I QUERALT, G. y ESTRUCH MANJÓN, A., «Liberalización, privatización, desregulación», RUIZ OJEDA, A. (dir.), *Fundamentos de regulación y competencia (diálogo entre Derecho y Economía para el análisis de las políticas públicas)*, Iustel, Madrid, 2013, pp. 163-210.

BENCHENDIKH, F., «Le transfert de propriété des biens entre personnes publiques, consécration de la valorisation du patrimoine public de l'Administration?», GUÉRARD, S. (dir.), *Réflexions sur le Code Général de la Propriété des Personnes Publiques*, Litec, Paris, 2006, pp. 61-75.

BERMEJO LATRE, J. L., «La non nata reforma del ordenamiento italiano de los bienes públicos», LÓPEZ RAMÓN, F. y ESCARTÍN ESCUDÉ, V. (coords.), *Bienes públicos, urbanismo y medio ambiente*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 93-106.

BERMEJO VERA, J., «El enjuiciamiento jurisdiccional de la Administración en relación con los bienes demaniales», *Revista de Administración Pública*, núm. 83, 1977, pp. 99-192.

-*Derecho Administrativo. Parte Especial*, Civitas, Madrid, 2009.

BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J., *Obra pública y medio ambiente. El Estado y la Administración ante el territorio*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

BERNAL BLAY, M.Á., *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas "paraconcesionales"*, Thomson-Reuters, Navarra, 2010.

BLASCO GASCÓ, F., «La hipoteca inmobiliaria (II)», CLEMENTE MEORO, M. (coord.), *Derecho Civil. Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

BRARD, Y., *Domaine public et privé des personnes publiques*, Dalloz, Paris, 1994.

BRISSON, J.F., «L'adaptation des contrats administratifs aux besoins d'investissement immobilier sur le domaine public. Les aspects domaniaux des contrats de partenariat», *Actualité Juridique en Droit Administratif*, núm. 11, 2005, pp. 591-596.

BRUFAO CURIEL, P., «Las concesiones de aguas en Derecho español», *Poder Judicial*, núm. 37, 1995.

BRUNETE DE LA LLAVE, M.T., *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público, especial aplicación a las entidades locales*, La

## BIBLIOGRAFÍA

Ley, Madrid, 2009.

BURNETT, M., «La colaboración público-privada en los servicios públicos locales. Una perspectiva desde la experiencia europea», *Revista de Estudios Locales*. Cunal, núm. extraordinario, 2007, pp. 59-72.

CAILLOSSE, J., «Le Droit Administratif contre la performance publique?», *Actualité Juridique Droit Administratif*, núm.3, 1999, pp. 195-211.

CALVO ORTEGA, R., «Consideraciones sobre los presupuestos científicos del Derecho Financiero», *Revista Hacienda Pública Española*, núm. 1, 1970, pp. 130-153.

CÁMARA ÁGUILA, M.P., «El derecho de superficie urbano: una aproximación a su configuración unitaria o dual», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 648, 1998, pp. 1623-1662.

CANALS AMETLLER, D., *Recuperación y nuevo destino de viejas infraestructuras. De ferrocarril económico a corredor verde. Un estudio jurídico*, Cedecs, Barcelona, 2000.

CANCIO FERNÁNDEZ, R.C., «El desarrollo tecnológico como configurador de nuevos tipos de aprovechamientos especiales del dominio público», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2010, pp. 43-50.

CANO MATA, A., «Ejecución judicial de sentencias contencioso-administrativas. El embargo a la Administración como manifestación del principio de tutela judicial efectiva», *Revista de Administración Pública*, núm. 103, 1984, pp. 17-46.

CAPUTI JAMBRENGHI, V., *Premesse per una teoría dell'uso dei beni pubblici*, Juvene, Napoli, 1979.

-«Beni pubblici e interesse finanziario», *Rivista di Diritto Amministrativo*, núm. 2, 2007, pp. 165-185.

CARCELLER FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho Urbanístico*, Montecorvo, Madrid, 1992.

CARLÓN RUIZ, M., «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 140, 2008, pp. 653-684.

CARRILLO DONAIRE, J.A., «Facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos. La investigación. El deslinde», CHINCHILLA MARÍN, C. (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 323-365.

-*Las servidumbres administrativas (delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico)*, Lex Nova, Valladolid, 2003.

-«A vueltas sobre la naturaleza jurídica tributaria o tarifaria de las contraprestaciones derivadas del servicio de abastecimiento de agua. Consecuencias de la derogación del inciso final del artículo 2.2 a) de la Ley General Tributaria», *Diario de Derecho Municipal*, de 8 de octubre de 2012.

CASARES MARCOS, A., *La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*, Montecorvo, Madrid, 2007.

CASSESE, S., *I beni pubblici*. Circolazione e tutela, Milano, Giuffré, 1969;

-*Corso di Diritto Amministrativo. Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giuffré, Milano, 2012.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., «De la romana institución de la publicatio a la actual noción de afectación», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 96, 1997, pp. 525-542.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *La propiedad y sus problemas actuales*, Reus, Madrid, 1962.

CAVIGLIOLI, B., *Droits réels et domaine public. Contribution à une théorie de la domanialité*, Éditions universitaires européennes, Sarrebruck, 2011.

CERTULLI IRELLI, V., *Proprietà pubblica e diritto collettivi*, Cedam, Padova, 1983

CHAPUS, R., *Droit Administratif Général*, Montchrestien, Paris, 2001.

CHICO DE LA CÁMARA, P., «La tasa: cuestiones problemáticas», *Tributos locales*, núm. 86, 2009.

CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1991.

-*Bienes patrimoniales del Estado (concepto y formas de adquisición por atribución de Ley)*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 11-30.

-«El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 132, 2006.

CLAVERO ARÉVALO, M., «La inalienabilidad del dominio público», *Revista de Administración Pública*, núm. 25, 1958, pp. 11-84.

-«La recuperación administrativa de los bienes de las Corporaciones locales», *Revista de Administración Pública*, núm. 16, 1995, pp. 117-135.

CLIMENT BARBERÁ, J., «Afectación, desafectación y mutación de destino de los bienes y derechos (artículos 65 a 72)», MESTRE DELGADO, J.F. (dir.), *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados,

Madrid, 2004, pp. 703-764.

COLMEIRO PENIDO, M., *Derecho Administrativo español, Tomo II*, Calleja, Madrid y Santiago, 1850.

COLOM PIAZUELO, E., *Los bienes comunales en la legislación de régimen local*, Tecnos, Madrid, 1994.

-«La inembargabilidad de los bienes de las Entidades locales después de la STC 166/1998, de 15 de julio, (RTC 1998/166). Reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo y la legislación aprobada con posterioridad», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 4/2000, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 1863-1888.

-«El proceso de formación de la noción de bien comunal y sus consecuencias», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 111, 2001, pp. 373-404.

-«El aprovechamiento y explotación de los bienes y derechos patrimoniales», CHINCHILLA MARÍN, C. (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 565-598.

-«Los bienes comunales en la legislación de régimen local», MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 3211-3272.

-«La configuración jurídica del dominio público en la jurisprudencia constitucional: el dominio público como una propiedad pública fuera del comercio destinado a fines públicos», GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. y ALONSO GARCÍA, R. (coords.), *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial, liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Thomson-Civitas, Navarra, 2012, pp. 103-122.

COLOMBINI, G., *La nozione flessibile di proprietà pubblica. Spunti di riflessione di Diritto Interno ed Internazionale*, Giuffré, Milano, 2008,

COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, B., «El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en el ordenamiento jurídico español: orígenes, características y naturaleza de una experiencia exitosa», *Noticias jurídicas*, octubre 2009.

CONTÍN TRILLO-FIGUEROA, E. y GARCÉS SANAGUSTÍN, M., «Marco comunitario e internacional de la crisis y su incidencia en el gasto público». PALOMAR OLMEDA, A. (dir.), *La Administración en tiempo de crisis. Presupuestación, cumplimiento de obligaciones y responsabilidades*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 43-80-

CORTÉS GARCÍA, F.J., GARCÍA MORENO, F.J. y SOLER ESCOBOSA, D., *Titulización de activos. Oportunidad de la titulización ante la nueva economía*, Caja



Rural de Almería, Almería, 2000.

CORVO LÓPEZ, F.M., *El derecho de sobreedificación y subedificación y su integración en el régimen de propiedad horizontal*, Ed. Fundación Registral, Código de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2010.

COSCULLUELA MONTANER, L. y LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Derecho público económico*, Iustel, Madrid, 2008.

COSTERO CASTET-BELLOCQ, M., «El contrato de servicios», CATALÁ MARTÍ, J. V. (coord.), *La contratación de las Administraciones Públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters, Civitas, Navarra, 2012, pp. 759-785.

CUESTA REVILLA, J., *El subsuelo urbano: una aproximación a su naturaleza jurídica y a su régimen urbanístico*, CEMCI, Jaén, 2000.

DE ÁLVARO MONTERO, Á., «Las nuevas modalidades contractuales y el mantenimiento del equilibrio financiero», PALOMAR OLMEDA, A. (dir.), *La Administración en tiempo de crisis. Presupuestación, cumplimiento de obligaciones y responsabilidades*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 637-678.

DE ARCENEGUI FERNÁNDEZ, I., *Derecho minero*, Civitas, Madrid, 2002.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949.

DE FUENTES BARDAJÍ, J. (dir.) y GAYARRE CONDE, I. (coord.), *Comentarios a la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.

DE GUERRERO MANSO, M.C., «El derecho de las propiedades públicas en Francia y su relación con el medio ambiente y el urbanismo», LÓPEZ RAMÓN, F. y ESCARTÍN ESCUDÉ, V. (coords.), *Bienes públicos, urbanismo y medio ambiente*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 129-146.

DE LA CUETARA MARTÍNEZ, J.M., «Sobre la interconexión de los conceptos de dominio y servicios públicos», prólogo al libro de VILLAR ROJAS, F.J., *La privatización de servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1993.

DE LA QUADRA SALCEDO, T., «La ejecución de obras por la Administración», GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 889-936.

DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de Derecho Civil (III), Derechos reales*, Colex, Madrid, 2012.

DEBAINS, O., «Les gestionnaires de propriétés publiques: le point de vue de l'État, service des domaines», *La réforme du droit des propriétés publiques, Petites affiches*,

## BIBLIOGRAFÍA

núm. 23, 2004, pp. 29-35.

DEGNI, M., *La decisione di bilancio nel sistema maggioritario*, Ediesse, Roma, 2004.

DEL GUAYO CASTIELLA, Í., *Contratos del sector público y concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2011.

DELALOY, G., «Faut-il supprimer le principe d'inaliénabilité du domaine public?», *Revue du Droit Public de la Science Politique en France et à l'étranger*, núm.3, 2006.

DERUY, L., GAUDEMET, Y., y MANDELKERN, D., «Rapport du groupe de travail: Valorisation des propriétés publiques», *Petites affiches, La Loi, Le Quotidien Juridique*, núm. 147, 2004, pp. 44-61.

DÍAZ FRAILE, J.M., *La protección registral del litoral*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1991.

DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, vol. III. Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario registral*, Tecnos, Madrid, 2005.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 462, 1967, pp. 1263-1290.

-*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Tomo II*, Tecnos, Madrid, 1978.

-*Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Tomo III, Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

DOMAT, J., *Lois civiles, Livre préliminaire, Titre III, Section I, dans Ouvres complètes*, Gobelet, Paris, 1835.

DORREGO DE CARLOS, A. y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F., «La colaboración público-privada», DORREGO DE CARLOS, A. y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F. (coords.), *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 31-86.

DREYFUS, J.D., «La valorisation par l'Etat de son patrimoine immatériel», *Actualité Juridique en Droit Administratif*, núm. 13, 2009, p. 696.

DUCROCQ, T., *Cours de Droit Administratif*, Thorin, Paris, 1897-2005.

DUFAU, J., *Domaine public. À qui revient la propriété des ouvrages édifiés?*, Mon. TP, 1997.

-*Le domaine public*, Le Moniteur, Paris, 2001.

DUGUIT, L., *Traité de Droit Constitutionnel*, E. de Boccard, Paris, 1930.

EMBID IRUJO, A., *Precios y mercados del agua*, Civitas, Madrid, 1996.

-«La crisis del sistema concesional y la aparición de fórmulas complementarias para la asignación de recursos hídricos. Algunas reflexiones sobre los mercados de derechos de uso de agua», EMBID IRUJO, A. (dir.), *Usos del agua (concesiones, autorizaciones y mercados del agua)*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 25-82.

EMBID IRUJO, A. y ENTRENA CUESTA, R., «El dominio público de los hidrocarburos», *Revista de Administración Pública*, núm. 29, 1959.

ENTRENA CUESTA, R., «Naturaleza y régimen jurídico de las rocas», *Revista de Administración Pública*, núm. 30, 1959, pp. 329-376.

ESCRIBANO COLLADO, P., *Las vías urbanas: concepto y régimen de uso*, Montecorvo, Madrid, 1973.

ESTEVE PARDO, J., «Consideraciones sobre la afectación de bienes al servicio público a partir de las llamadas afectaciones “a non domino”», *Revista de Administración Pública*, núm. 113, 1987, pp. 181-216.

-*Régimen jurídico de los aeropuertos. Servicio público y explotación comercial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

-*La nueva relación entre Estado y sociedad*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

-*Lecciones de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

FALCÓN Y TELLA, R., «La finalidad financiera en la gestión del patrimonio», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 35, 1982, pp. 349-398.

FANLO LORAS, A., «El alcance del principio de inembargabilidad de los bienes y derechos de las Entidades Locales: propósito de la STC 166/1998, de 15 de julio», *Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, núm. 3, 1999, pp. 35-52.

FATÔME, E. y TERNEYRE, P., «La loi du 25 juillet 1994: observations complémentaires», *Actualité Juridique en Droit Administratif*, 20 novembre, 1994, p. 780.

FATÔME, E., «A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public», *Actualité Juridique en Droit Administratif*, núm. 23, 2003, pp. 1192, 1201.

-«À propos de l'incorporation au domaine public», *Actualité Juridique en Droit Administratif*, núm. 6, 2006, pp. 292-297.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., «Alcance y delimitación del contrato de concesión de obra pública: connotaciones y características en la realización de las infraestructuras del transporte», *I Congreso Internacional de Transporte: los retos del transporte en el siglo*

## BIBLIOGRAFÍA

XXI, *Castellón de la Plana, 4-6 mayo 2004* (coordinado por MARTÍNEZ SÁNZ, F. y PETIT-LAVALL, M.V.).

-«Utilización de los bienes y derechos públicos: un estudio de su régimen jurídico», MESTRE DELGADO, J.F. (dir.), *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2004, pp. 813-977.

-«La problemática cuestión de la rentabilidad en la explotación de los bienes y derechos patrimoniales. Su regulación jurídica en la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas», *Revista de Administración Pública*, núm. 171, 2006, pp. 79-137.

-*Las concesiones administrativas de dominio público*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007.

FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M., *Contratación pública*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 2001.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho público romano*, Civitas, Madrid, 2012.

FERNÁNDEZ DE SOTO BLASS, M.L., «Problemática constitucional de la Ley 8/1989, de Tasas y Precios Públicos (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, de 14 de diciembre)», *Revista Jurisprudencia Tributaria*, núm. 85, 1996.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1993.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Y., «La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho Comunitario Europeo», *Revista de Administración Pública*, núm. 166, 2005, pp. 281-320.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, J.F., «El dominio público», BOCANEGRA SIERRA, R. (dir.), *Lecciones de dominio público*, Colex, Madrid, 1999, pp. 17-52.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., Voz «Inventario de bienes», GONZÁLEZ GARCÍA, J. (coord.), *Diccionario de obras públicas y bienes públicos*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 431-444.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., «Algunas reflexiones sobre las formas indirectas de incumplimiento por la Administración de las Sentencias de los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 73, 1974, pp. 151-178.

-«Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy», *Revista de Administración Pública*, núm. 150, 1999, pp. 57-91.

-«La propiedad urbanística del suelo, el vuelo y el subsuelo», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 41, 1995, pp. 587-606.

-*Estudios de Derecho Ambiental y Urbanístico. La propiedad urbanística del suelo, el vuelo y el subsuelo*, Aranzadi, Navarra, 2001.

FERNÁNDEZ SANTOS, Y., «El arrendamiento financiero y operativo», *Pecunia: revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. Extra 1, 2009, pp. 243-261.

FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.A., «La división de la propiedad pública en el ámbito urbanístico», *Revista de Administración Pública*, núm. 78, 2010, pp. 157-190.

FERNÁNDEZ-ESPINAR Y LÓPEZ, L.C., «El conflicto de intereses entre el medio ambiente y el desarrollo del sector económico minero», *Revista de Administración Pública*, núm. 111, 1986.

«El dominio público minero», PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de los bienes públicos, vol. III, Regímenes dominicales específicos. Propiedades especiales*, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 467-580.

FERNÁNDEZ-PIÑEYRO HERNÁNDEZ, E., «La financiación privada de infraestructuras en la Ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas y en la Ley de Contratos del Sector Público», MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.), *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 305-358.

FERNANDO PABLO, M.M., «Sobre el dominio público radioeléctrico: espejismo y realidad», *Revista de Administración Pública*, núm. 143, 1997, pp. 107-148.

FERRARI G. e GAROFOLI, R., *Manuale di Diritto Amministrativo*, Nel Diritto Editore, Roma, 2012.

FLORES DOMÍNGUEZ, L.E., «La incidencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1998, de 15 de julio, en la protección de los bienes patrimoniales de las Entidades Locales», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 35, 1999, pp. 83-106.

FONT I LLOVET, T., «La protección del dominio público en la formación del Derecho Administrativo español: potestad sancionadora y resarcimiento de daños», *Revista de Administración Pública*, núm. 123, 1990, pp. 7-82.

-«La ordenación constitucional del dominio público», MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 3917-3942.

FORTI, U., «Natura giuridica delle concessione amministrative», *Giurisprudenza italiana*, 52, 1900, pp. 396-429.

## BIBLIOGRAFÍA

FOUCART, E., *Eléments de Droit public et administratif*, Paris-Poitiers, 1834.

FRANCH I SAGUER, M., «Afectación y desafectación de los bienes y derechos públicos», CHINCHILLA MARÍN, C. (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 385-408.

FUENTETAJA PASTOR, J.A. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Manual de Derecho Local*, Iustel, Madrid, 2013.

FUENTETAJA PASTOR, J.Á., «Riesgo y ventura en la concesión de obra pública», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 2004, pp. 183-195.

FUERTE FERNÁNDEZ, A., «Fundamentos de la colaboración público-privada para dotación de infraestructuras y servicios», *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras* (REDETI), año X, núm. 29, 2007, pp. 37-124.

GALÁN VIOQUE, R., *Obras públicas de interés general*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2004.

GALLARDO CASTILLO, M.J., *El Derecho de bienes de las Entidades Locales*, La Ley, Madrid, 2007.

-«Aprovechamiento económico y rentabilidad social de los bienes patrimoniales en tiempos de crisis: ¿una cuestión de legalidad o de oportunidad?», *Revista de Estudios Locales*, Cunal, núm. 142, 2011, pp. 36-53.

-«Aprovechamiento económico y rentabilidad social de los bienes patrimoniales en tiempos de crisis: ¿una cuestión de legalidad o de oportunidad?», PORTILLO NAVARRO, M.J. y MERINO ESTRADA, V. (coords.), *Crisis económica y Entidades Locales*, Lex Nova, Valladolid, 2013, pp. 553-576.

GALLEGO ANABITARTE, A., «El Derecho de español de aguas en la historia y ante el Derecho comparado», DÍAZ LEMA, J.M.; GALLEGU ANABITARTE, A. y MENÉNDEZ REXACH, Á. (dirs.), *El Derecho de aguas en España*, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Centro de Publicaciones, Madrid, 1986.

-*Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación; autonomía local; opinión pública)*, Civitas, Madrid, 1994.

GARCÉS SANAGUSTÍN, M., «Régimen jurídico de la financiación de infraestructuras», PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.), *Derecho de los bienes públicos, vol. IV, Protección y tráfico jurídico de los bienes. Derecho comparado*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 333-376.

GARCÍA ALCORTA, J., «Actuaciones preparatorias del contrato de concesión de obras públicas», MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.), *Instrumentos españoles de*

*colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 151-176.

GARCÍA AÑOVEROS, J., «El presupuesto y el gasto público en la Constitución», *El sistema económico en la Constitución Española, XV Jornadas de Estudio, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, vol. III, Madrid, 1994.

GARCÍA CABA, M., «Los bienes públicos en Francia», PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.), *Derecho de los bienes públicos, vol. IV. Protección y tráfico jurídico de los bienes. Derecho comparado*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 1157-1198.

GARCÍA CAPDEPÓN, P.M., «Los contratos de colaboración público-privada», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 3, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E., «Sobre la imprescriptibilidad del dominio público», *Revista de Administración Pública*, núm. 13, 1954, pp. 11-52.

-«Deslinde de montes», *Anuario de Derecho Civil*, XII, III, 1959, pp. 281-307.

-«Sobre el principio de inembargabilidad, sus derogaciones y sus límites constitucionales y sobre la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 52, 1986, pp. 485-508.

-*Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo II*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.

GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho inmobiliario, registral e hipotecario, Tomo III (calificación, tracto, especialidad y otros principios)*, Civitas, Madrid, 2002.

GARCÍA OVIEDO, C. y MARTÍNEZ USEROS, E., *Derecho Administrativo, vol. II*, EISA, Madrid, 1968.

GARCÍA MACHO, R.J., «Transparencia y derecho de acceso a la información de los ciudadanos y de terceros a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: consideraciones sobre las sentencias IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds/Comision»  
GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. y ALONSO GARCÍA, R. (coords.), *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Thomson-Reuters, Navarra, 2012, pp. 3245-3258.

GARCÍA-MONCÓ, A.M., «A propósito del régimen jurídico-financiero del patrimonio de las Administraciones públicas», MESTRE DELGADO, J.F. (dir.), *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios*

## BIBLIOGRAFÍA

a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2004, pp. 193-214.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, J.A., «Titularidad y afectación demanial en el ordenamiento español», *Revista de Administración Pública*, núm. 29, 1959, pp. 11-58.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., «Notas sobre la financiación de la obra pública mediante el otorgamiento de concesiones de dominio público», *Revista de Administración Pública*, núm. 162, 2003, pp. 237-264.

GARRIDO FALLA, F., «Comentario al art. 38», ALBALADEJO GARCÍA, M. (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, Tomo V*, Edersa, Madrid, 1990. Visto en: <http://vlex.com/compilation/230845>

GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo, vol. II, Parte general: conclusión*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982.

-Tratado de Derecho Administrativo, vol. II, Marcial Pons, Madrid, 1989.

-Tratado de Derecho Administrativo, vol. II, Tecnos, Madrid, 2006.

GAUDEMAR, H., «L'inaliénabilité du domaine public, une nouvelle lecture», *Dossier Le patrimoine des personnes publiques, LamyLine, Droit et Patrimoine*, núm. 179, 2009.

GAUDEMET, Y. y DERUY, L., «Les travaux de législation privée. Le rapport de l'Institut de la Gestion Déléguée», *Petites affiches, La Loi, Le Quotidien Juridique*, núm. 147, 2004, pp. 9-16.

GAUDEMET, Y., *La superposition des propriétés privées et du domaine public*, Rec. Dalloz Sirey, 1978.

-*Les constructions en volume sur le domaine public*, Cah. Jur. Elec. Gaz, 1991.

-«L'occupant privatif à l'épreuve de la Loi», *Mélanges en honor del Prof. Guy Braibant*, Dalloz, Paris, 1996.

-«Libertés publiques et domaine public», *Mélanges en honor del Prof. Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, Paris, 1998.

-«Ouvrage immobilier complexe et domanialité publique», *Revue de Droit Immobilier*, 1999.

-*Division en volumes*, *Juris-Classeur, Droit Administratif*, fasc. 40, 2000.

-«El futuro del Derecho de las propiedades públicas», traducido por CARRILLO DONAIRE, J.A., de la versión original del trabajo, titulada «L'avenir du droit des propriétés publiques», publicada en los *Mélanges en honor del Prof. François Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, Paris, 1999, *Revista Andaluza de Administración*



*Pública*, núm. 40, 2000, pp. 11-24.

-«Les contrats de partenariat public-privé: étude historique et critique», *Bulletin Juridique des contrats publics*, núm. 36, 2004, pp. 331-339.

-«Le contrat Administratif, un contrat hors la loi», *Cahiers du Conseil constitutionnel*, núm. 17, 2004.

-La réforme du droit des propriétés publiques, Institut de la gestion délégué, Colloque de Vaugirard, 28 janvier, 2004, *Petites affiches, La Loi, Le Quotidien Juridique*, 2004, núm. 147.

-«Les droits réels sur le domaine public», *Actualité Juridique en Droit Administratif*, núm. 20, 2006, pp. 1094-1097.

-*Droit Administratif des biens*, LGDJ, Paris, 2008.

-«Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit public», *Revue de Droit Immobilier*, núm. 1, vol. 31, 2009, pp. 8-15.

GAUTHIER, A., «La valorisation des propriétés publiques», *Actualité Juridique en Droit Administratif*, núm. 18, 2012, pp. 990-995.

GAUTHIER, C., «Les incidences du Droit de l'Union Européenne sur le Droit français des propriétés publiques», *Cahiers de Droit Européen*, vol. 43, núm. 3-4, 2007, pp. 381-420.

GIANINNI, S.M., *I beni pubblici*, Mario Bulzoni, Roma 1963.

-«Basi costituzionali della proprietà privata», *Politica del Diritto*, 1971.

GIANNINI, M.S., GIL RODRÍGUEZ, I., «Legalidad, equivalencia de costes y capacidad económica en las tasas», *Tributos locales*, núm. 50, 2005, pp. 13-52.

GIMENO SENDRA, J.V., «Alternativas a la disfuncionalidad del procedimiento de ejecución de sentencias contencioso-administrativas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 27, 1980, pp. 563-576.

GIRONÉS CEBRIÁN, M.E., *Los aparcamientos municipales. Nuevo régimen jurídico*, Bayer Hnos. S.A., Barcelona, 2004.

GODFRIN, P. y DEGOFFE, M., *Droit Administratif des biens. Domaine, travaux et expropriation*, Dalloz, Paris, 2007.

GÓMEZ-FERRER MORANT, R., «En torno a la Ley de Autopistas de peaje», *Revista de Administración Pública*, núm. 68, 1972, pp. 325-328.

-«El régimen económico del contrato de concesión de obra pública», GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las*

## BIBLIOGRAFÍA

*Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1257-1274.

-«La contratación en tiempo de crisis económica», *Anuario de Gobierno Local*, núm. 1, 2009, pp. 163-186.

GONZÁLEZ BERENGUER, J.L., «Sobre la crisis del concepto de dominio público», *Revista de Administración Pública*, núm. 56, 1968, pp. 191-222.

GONZÁLEZ CARRASCO, C., «Sentencia de 1 de abril de 2009: Propiedad horizontal. Complejo inmobiliario compuesto por distintos edificios sobre suelo no común. Nulidad de cláusula estatutaria de exención de gastos generales a las parcelas aún no construidas», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 81, 2009, pp. 1513-1534.

GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *La titularidad de los bienes del dominio público*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

-*Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

-«Contrato de colaboración público-privada», *Revista de Administración Pública*, núm. 170, 2006, pp. 7-39.

-«Notas sobre el régimen general del dominio público», GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (coord.), *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 67-108.

-«Patrimonio y bienes patrimoniales de las Administraciones públicas», GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (coord.), *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 109-144.

-Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial, Marcial Pons, Madrid, 2010.

GONZÁLEZ MARÍN, A., «Límites y alternativas a la financiación presupuestaria de infraestructuras», ROMERO ÁLVAREZ, F.J. (coord.), *Nuevas formas de financiación de proyectos públicos*, Cámara de Cuentas de Andalucía, Civitas, Madrid, 1999, pp. 15-36.

GONZÁLEZ PÉREZ, J.V., *Los derechos reales administrativos*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1989.

GONZÁLEZ RABANAL, M., «Concepto y evolución de gestión pública», GONZÁLEZ RABANAL, M. (coord.), *Organización y gestión pública eficiente ante la crisis*, Universitas, Madrid, 2013, pp. 45-68.

GONZÁLEZ RÍOS, I., *El dominio público municipal: régimen de utilización por los particulares y compañías prestadoras de servicios*, Comares, Granada, 2001.

GONZÁLEZ SANFIEL, A. M., *Un nuevo régimen para las infraestructuras de dominio público*, Montecorvo, Madrid, 2000.

-«El control comunitario sobre la financiación estatal de infraestructuras», *Revista de Administración Pública*, núm. 187, 2012. pp. 67-95.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., «Nuevos desarrollos de la idea de la colaboración privada empresarial en el ejercicio de funciones públicas», *Presupuesto y gasto público*, núm. 45, 2006, Instituto de Estudios Fiscales, pp. 31-40.

GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., *Régimen jurídico general de la enajenación del patrimonio privado inmobiliario de la Administración Pública*, Lex Nova, Valladolid, 2002.

-«La transmisión de bienes y derechos patrimoniales», MESTRE DELGADO, J.F. (dir.), *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2004, pp. 1089-1142.

-«La funcionalidad del patrimonio inmobiliario de la Administración Pública», *Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, núm. Extraordinario, 2006, pp. 287-314.

GRANELLI, A.; PERRI, G. y VIGATO, P.A., *Consiglio Nazionale delle Ricerche, in Dipartimento Patrimonio Culturale*, , Roma, 23 dicembre 2004.

GUAITA MARTORELL, A., «Le domaine public en Espagne», *Revue Internationale des Sciences Administratives*, núm. 22, 1956.

GUIBAL, M. y RAPP, L., *Contrats des collectivités locales*, Éditions Juridiques Lefevre, Paris, 1989.

GUICCIARDI, E., *Il demanio*, Cedam, Padova, 1934.

GUTIÉRREZ-ALVIS Y CONRADI, P. y ROMERO CANDAU, P., *Las parcelaciones en el Derecho español*, Consejo General del Notariado, Granada, 1993.

HERNÁNDEZ DE MARCO, S., *Patrimonio y actividad económica municipal*, DAAP, Navarra, 2006.

HERNÁNDEZ GARCÍA, A., «La titulización de activos: aspectos económico-financieros», *Información Comercial Española*, núm. 742, 1995.

HERNANDO RYDINGS, M., *La colaboración público-privada. Fórmulas contractuales*, Thomson-Reuters Civitas, Navarra, 2012.

HERRANZ EMBID, P., «Régimen general de las obras públicas», GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (coord.), *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia,

## BIBLIOGRAFÍA

2009, pp. 213-260.

HERRERO MAZARÍO, C. y GUTIÉRREZ RIZALDOS, F., «Los medios de financiación privada del sector público», RECUERDA GIRELA, M.Á. (dir.), *La morosidad del sector público*, Thomson Reuters, Navarra, 2012, pp. 904-957.

HORGUÉ BAENA, C., *El deslinde de costas*, Tecnos, Madrid, 1995.

-«Bienes públicos y Registro de la Propiedad», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 62, 2006, pp. 41-80.

-«El espectro radioeléctrico. Delimitación conceptual y calificación jurídica en el Derecho español», *Justicia administrativa, Revista de Derecho Administrativo*, núm. Extra 1, 2006, pp. 207-236.

-«Bienes públicos y Registro de la Propiedad», HORGUÉ BAENA, C. (dir.), *Régimen patrimonial de las Administraciones Públicas*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 367-412.

HOURQUEBIE, F., «Les servitudes conventionnelles sur le domaine public», *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 6, 2007, p. 1165-1174.

HUERTA BARAJAS, J.A., «Contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado en los programas y contratos de defensa», *Revista Práctica de Contratación Administrativa*, núm. 78, 2008, p. 32.

IMPERIALE, F., *Processi di valorizzazione del patrimonio culturale e sviluppo aziendale*, Cacucci Editore, Bari, 2006.

JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F.J., *Obras públicas e infraestructuras privadas*, Montecorvo, Madrid, 1998.

JIMÉNEZ DÍAZ, A., «Técnicas contractuales de colaboración público-privada: El contrato de colaboración entre el sector público y privado», DORREGO CARLOS, A. y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F. (coords.), *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 265-323.

JORDANO FRAGA, J., «El Derecho administrativo de la crisis», XIX Congreso Ítalo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, Madrid, 2013.

JUAN LOZANO, A.M. y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., *La colaboración público-privada en la financiación de infraestructuras y servicios públicos: una aproximación desde los principios jurídico-financieros*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.

JUEN, P., «La compatibilité du principe d'inaliénabilité avec la constitution de droits réels», *Revue de Droit Immobilier*, núm.4, vol.22, 2000, pp. 121-143.

LACHAUME, J.F.; BOITEAU, C. y PAULIAT, H., *Droit des services publics*, Dalloz

Sirey, Paris, 2004.

LACRUZ BERDEJO, J.L. (dir.), *Elementos de Derecho Civil, vol. 1º*, Bosch, Barcelona, 1984.

LAFUENTE BENACHES, M., *La concesión de dominio público (Estudio especial de la declaración de caducidad)*, Montecorvo, Madrid, 1988.

LAGET ANNAMAYER, A., «Occupation du domaine public et intérêt général. D'un pouvoir de gestion étendu des autorités domaniales à une liberté d'action encadrée», *Actualité Juridique en Droit Administratif*, núm. 23, 2003, pp. 1201-1208.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil, Tomo cuarto, Propiedad y derechos reales de goce*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

LAVIALLE, C., «L'ouverture minoritaire du capital de France Télécom au secteur privé, le domaine public et la propriété privé» *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 6, 1996, pp. 1124-1125.

-«La constitution de droits réels sur le domaine public de l'État», *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 2.12, 1998, pp. 42-43.

-«Le domaine public: une catégorie juridique menacée?», *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 3, 1999, pp. 578-589.

LAVILLA RUBIRA, J.J., «El contrato de gestión de servicios públicos», GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 943-978.

LE CHATELIER, G., «Le procédé de la législation déléguée: cadrage constitutionnel et cadrage par la Loi d'habilitation», *Petites affiches, La Loi*, núm. 147, 2004, pp. 23-28.

LEBRETON, J.P., «Les droits réels gravant le domaine public», *Documents d'études*, núm. 2.12, 1998.

LEFÈVRE DE LA PLANCHE, *Traité du domaine*, Desaint, Saillant et Vincent, Paris, pp. 1764-1765.

LEGUINA VILLA, J., «El régimen constitucional de la propiedad privada», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, 1994, pp. 9-28.

LEGUINA VILLA, J., «La extinción del contrato de concesión de obras públicas», GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1343-1354.

LLORENS, F. y SOLER-COUTEAUX, P., «Le Code General de la Propriété des Personnes Publiques. Les occupations privatives du domaine public: un espoir déçu», *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 4, 2006, pp. 935-948

## BIBLIOGRAFÍA

LLORENS, F., «La notion de droits réels conférés à l'occupant: une clarification incertaine», *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 4, 2006, p. 940.

LÓPEZ ESCUDERO, M., «La reforma del pacto de estabilidad y crecimiento», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 16, 2005, pp. 195-200.

LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M., «El subsuelo urbano en relación con el planeamiento urbanístico y con los artículos 348 y 350 del Código civil», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pp. 1633-1660.

-«Venta del subsuelo como finca separada del suelo. Peculiaridades planteadas por el subsuelo bajo dominio público», CARRASCO PERERA, Á. (coord.), *Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz, Tomo II*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 1755-1766.

LÓPEZ MENUDO, F., «El Derecho Administrativo como Derecho especial y excepcional de algunos entes públicos. Consecuencias», PÉREZ MORENO, A. (coord.), *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 543-573.

LÓPEZ PULIDO, J.P., «La ordenación del subsuelo urbano», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 278, 1998, pp. 59-100.

LÓPEZ RAMÓN, F., «La protección del Camino de Santiago en Aragón», *Revista Gallega de Administrativo Pública*, núm. 3, 1993, pp. 149-162.

-*Sistema jurídico de los bienes públicos*, Civitas, Navarra, 2012.

LÓPEZ RODÓ, L., «Naturaleza jurídica de los bienes del Patrimonio Nacional», *Estudios dedicados al Profesor Gascón y Marín en el cincuentenario de su docencia*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1952, pp. 527-556.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Á., *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tecnos, Madrid, 1988.

MAGÜÉ, C. y BACHELIER, G., «Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques», *Actualité Juridique en Droit Administratif*, núm. 20, 2006, pp. 1073-1086.

MALARET I GARCÍA, E., «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto», *Revista de Administración Pública*, núm. 145, 1998, pp. 49-88.

MAMONTOFF, C., *Domaine public et entreprises privées*, Hamarttan, Paris, 2003.

MANDELKERN, D.; GAUDEMET, Y. et LAURENT, D., Rapport du Groupe de Travail Valorisation des propriétés publiques, *Petites Affiches, La Loi, Le Quotidien Juridique*, 2004, núm. 147.

MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código civil español*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1934.

MARTÍN HUERTA, P., «Régimen económico de la concesión y equilibrio económico del contrato», MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.), *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 231-270.

MARTÍN MATEO, R., «El agua como mercancía», *Revista de Administración Pública*, núm. 152, 2000, pp. 7-28.

MARTÍN SANZ, V., «Bienes de las entidades locales», MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Tratado de Derecho Municipal, Tomo II*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 1643-1678.

MARTÍNEZ CALVO, J., «El régimen patrimonial y los privilegios», RECUERDA GIRELA, M.A. (dir.), *La morosidad del sector público*, Thomson Reuters, Navarra, 2012, pp. 643-675.

MARTÍNEZ LAFUENTE, A., La tasa por utilización o aprovechamiento especial del dominio público en la doctrina de los Tribunales de Justicia, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2011.

MARTÍNEZ LAGO, M.A. y GARCÍA DE LA MORA, L., *Lecciones de Derecho Financiero y Tributario*, Iustel, Madrid, 2011.

MARTÍNEZ LAGO, M.Á., «Crisis fiscal, estabilidad presupuestaria y reforma de la Constitución», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 24, 2011, pp. 10-21.

-«Constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria en la Unión Europea y en España. La Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera», LÓPEZ GARRIDO, D. (dir.), *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 135 de la Constitución española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, pp. 271-292.

MARTÍNEZ ORTEGA, J.C. (coord.), *Urbanismo. Edificación y propiedad horizontal. La oficina notarial III*, Bosch, Barcelona, 2012.

MARTÍNEZ USEROS, E., «Improcedencia de servidumbres sobre dominio público», publicado en el libro *homenaje al profesor García Oviedo*, Escuela de Estudios Hispanoamericanos, Sevilla, 1954.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «El proceso de apropiación por el Estado de las vías pecuarias», *Revista de Administración Pública*, núm. 51, 1996, pp. 97-150.

-«Crisis económica y transformaciones administrativas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 153, 2012, pp. 89-108.

MATHEU DELGADO, J.A., «El recurso gubernativo contra la calificación

registral como procedimiento extrajudicial de solución de un conflicto jurídico en el ámbito civil: su aplicación a los derechos reales de vuelo y subsuelo», *Revista Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 27, 2010, pp. 93-126.

MAZZAROLLI, L.; PERICU, G.; ROMANO, A.; ROVERSI MONACO, F.A. y SCOCA, F.G. (coords.), *Diritto Amministrativo, Parte Speciale e Giustizia Amministrativa*, Monduzzi Editore, Bologna, 2005.

MEILÁN GIL, J.L., «Para una reconstrucción dogmática de los contratos administrativos», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 8, 2004, pp. 505-518.

-«Dominio público y protección del litoral. Relectura de la Ley de Costas», SÁNCHEZ GOYANES, E. (dir.), *El Derecho de costas en España*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 61-100.

-*Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2011.

MELLERAY, F., «Définitions et critères du domaine public», Dossier propriété public-domaine public, *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 4, 2006, pp. 906-934.

MENDOZA OLIVÁN, V., *El deslinde administrativo*, Tecnos, Madrid, 1968.

MENÉNDEZ GARCÍA, P. y FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., «Análisis histórico-jurídico de la concesión de obra pública», MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.), *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 51-102.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «El significado actual del contrato de concesión de obras públicas», MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.), *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 13-50.

MENÉNDEZ REXACH, Á., «La nueva Ley de Costas: el dominio público como régimen jurídico de especial protección», *CEUMT, la revista municipal*, núms. 106-107, 1988, pp. 113-123.

-«Reflexiones sobre el significado actual de los patrimonios públicos», *Ciudad y Territorio. Estudios territoriales*, núms. 95-96, 1993, pp. 209-221.

-Prólogo al libro de JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F.J., *Obras públicas e infraestructuras privadas*, Montecorvo, Madrid, 1998.

-«El concepto de patrimonio de las Administraciones públicas. Tipología de bienes públicos. La categoría del dominio público», HORGUÉ BAENA, C. (dir.), *Régimen patrimonial de las Administraciones Públicas*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 41-84.

-«La nueva regulación de las costas: un giro hacia el dominio privado



marítimo-terrestre», Ponencia presentada en el IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Santiago de Compostela, 2014.

MERCATI, L., *Pubblico e privato nella valorizzazione del patrimonio immobiliare*, Giappichelli editore, Torino, 2000.

MERCÈ DARNACULLETA I GARDELLA, M., Voz «Afectación, desafectación y mutaciones demaniales», GONZÁLEZ GARCÍA, J. (coord.), *Diccionario de obras públicas y bienes públicos*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 50-62.

MERINO ESTRADA, V. y RIVERO ORTEGA, R., «Medidas para la sostenibilidad económica local», PORTILLO NAVARRO, M.J. y MERINO ESTRADA, V. (coords.), *Crisis económica y Entidades locales*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pp. 419-441.

MERINO JARA, I., «Principios rectores de las tasas», CHICO DE LA CÁMARA, P. y GALÁN RUIZ, J. (coords.), *Las tasas locales*, Thomson-Civitas, Navarra, 2011, pp. 125-146.

MESTRE DELGADO, J.F., «Formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión», MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 1943-2048.

MIGUEZ MACHO, L., «Las formas de colaboración público-privada en el Derecho Español», *Revista de Administración Pública*, núm. 175, 2008, pp. 157-215.

MIR PUIGPELAT, O., «¿El fin de la inembargabilidad de los bienes patrimoniales de las Administraciones Públicas? Comentario a la STC 166/1998, de 15 de julio?», *Autonomies, Revista catalana de Derecho público*, núm. 25, 1999, pp. 119-147.

MONTELLA, M., «Nozioni di cultura e di bene culturale: una modificata prospettiva», GOLINELLI, G.M. (coord.), *Patrimonio culturale e creazione di valore verso nuovi percorsi*, Cedam, Padova, 2012, pp. 3-53.

MONTÉS PENADÉS, V., «Artículo 350», *Comentario al Código civil*, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.; DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.; BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), Ministerio de Justicia, Madrid, 2011, pp. 242-246.

MONTOYA MARTÍN, E., «La reforma de las formas de gestión de los servicios públicos locales: la contratación de las sociedades públicas locales», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 57, 2005, pp. 65-103.

-«El régimen común del patrimonio de los organismos públicos en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas», HORGUÉ BAENA, C. (dir.), *Régimen patrimonial de las Administraciones Públicas*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 114-161.

MORAND DEVILLER, J., «La valorisation économique du patrimoine public»,

## BIBLIOGRAFÍA

*L'unité du droit*, Mélanges Drago, Paris, 1996.

MORELL OCAÑA, L., *Curso de Derecho Administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

MORENO DE CASTRO, E., «Formas jurídicas de colaboración público-privada en el Derecho español: orígenes europeos y evolución de la regulación de los diferentes modelos de colaboración», *Oñati Socio-legal Series*, vol. 2, núm. 4, 2012, pp. 83-102.

MORENO MOLINA, J.A., «La embargabilidad de los bienes patrimoniales de las corporaciones locales: comentario a la STC 166/1998, de 15 de julio», *Revista de Derecho Social*, núm. 4, 1998, pp. 129-138.

-«El nuevo Derecho de la contratación pública: de las prerrogativas de la Administración a la garantía de los principios generales», ARENILLA SÁEZ, M. (coord.), *La Administración Pública entre dos siglos. Ciencia de la Administración, Ciencia Política y Derecho Administrativo. Homenaje a Mariano Baena del Alcázar*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2010, pp. 1225-539.

-«El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y sector privado» MORENO MOLINA, J.A., y PLEITE GUADAMILLAS, F. (coords.), *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 1295-1234.

-«El proceso de formación de un derecho global de la contratación pública», *Revista DIXI*, núm. 15, 2012, pp. 8-21.

-«El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de mayo de 2010, en el asunto T-258/06, Alemania contra Comisión Europea» GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (coords.), *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Thomson-Reuters, Navarra, 2012, pp. 3429-3454.

MOREU CARBONELL, E., *Minas: régimen jurídico de las actividades extractivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

-«Desmitificación, privatización, y globalización de los bienes públicos: del dominio público a las obligaciones de dominio público», *Revista de Administración Pública*, núm. 161, 2003, pp. 435-477.

-«Minas, ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente», LÓPEZ RAMÓN, F. y ESCARTÍN ESCUDÉ, V. (coords.), *Bienes públicos, urbanismo y medio ambiente*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 409-443.

MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I., *Dominio público*, Trivium, Madrid, 1992.

-«El estatuto jurídico de los bienes. Las transformaciones del Derecho público de bienes: del dominio público a las cosas públicas», MONTORO CHINER, M.J. (coord.), *Las infraestructuras ferroviarias del III milenio*, Cedecs,

Barcelona, 1999, pp. 35-82.

-«Las transformaciones del Derecho público de bienes: del dominio a las cosas públicas», DE REINA TARTIÈRE, G., (dir.), *Dominio público. Naturaleza y régimen de los bienes públicos*, Heliasta, Buenos Aires, 2009, pp. 119-141.

-«Los bienes patrimoniales afectados a usos o servicios públicos: una categoría emergente», ARENILLA SÁEZ (coord.), *La Administración Pública entre dos siglos (Ciencia de la Administración, Ciencia Política y Derecho Administrativo)*, Homenaje a Mariano Baena del Alcázar, INAP, Madrid, 2010, pp. 1541-1562.

-«Un efecto de la crisis en el Derecho Autonómico Andalúz: la alienabilidad del Dominio Público. A propósito de una medida contenida en los Decretos-Ley 5/2010 y 6/2010», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 78, 2010, pp. 383-390.

MUÑOZ DEL CASTILLO, J.L. y VEGA HERRERO, M., «Patrimonio del Estado y Patrimonio Nacional: aspectos jurídico-financieros», MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (dir.), *Estudios de Derecho y Hacienda: homenaje a César Albiñana García-Quintana*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1987, pp. 605-642.

MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo I, La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*, Iustel, Madrid, 2006.

-*Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo III, La actividad administrativa*, Iustel, Madrid, 2011.

NAVARRO VIÑUALES, J.M., «La regulación de la propiedad horizontal superficiaria en el nuevo Derecho civil catalán», GARRIDO MELERO, M. (coord.), *La regulación de la propiedad horizontal y las situaciones de comunidad en Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 371-400.

NIETO DELGADO, E. y MARTÍN DELGADO, I., *Derecho Administrativo europeo en el Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

NIETO GARCÍA, A., *Los bienes comunales*, Edersa, Madrid, 1964.

-Bienes comunales, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1964.

-«Aguas subterráneas: subsuelo árido y subsuelo hídrico», *Revista de Administración Pública*, núm. 56, 1968, pp. 9-92.

-«La vía jurisdiccional en materia de deslindes y montes catalogados y otras cuestiones forestales en la moderna jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Administración Pública*, núm. 86, 1978, pp. 409-448.

NOGUERA DE LA MUELA, B., «El subsuelo. Tramos urbanos y estaciones», MONTORO CHINER, M.J. (coord.), *Las infraestructuras ferroviarias del III*

## BIBLIOGRAFÍA

*milenio*, Cedecs, Barcelona, 1999, pp. 201-220.

-Voz «Subsuelo», GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (coord.), *Diccionario de obras públicas y bienes públicos*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 704-716.

NÚÑEZ LOZANO, M.C., *La reforma de la Ley de Costas de 2013*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ORTIZ DE TENA, M.C., *Planificación hidrológica*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

PACELLI-LANZAS MARTÍN, E., «Segregación de volúmenes subterráneos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 701, 2007, pp. 1394-1408.

PADRÓS REIG, C., «La articulación del concepto de “colaboración” desde el punto de vista del ordenamiento administrativo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 142, 2009, pp. 251-288.

PALMA, G., *Il regime giuridico della proprietà pubblica*, Utet, Torino, 1999.

PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Derecho Administrativo, vol. III. Bienes públicos. Derecho Urbanístico*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

PAREJO ALFONSO, L., «Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general», *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, 1983, pp. 2379-2422.

-«El marco constitucional y estatutario del urbanismo», en la obra colectiva *Urbanismo y Comunidades Autónomas, Jornadas sobre Legislación Urbanística de las Comunidades Autónomas*, Generalitat de Catalunya, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 1990, pp. 21-41.

-«El régimen jurídico-legal de los bienes públicos», PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.), *Derecho de los bienes públicos, vol. I*, Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 123-210.

-«La summa divisio de las cosas. Las cosas públicas: el patrimonio de las administraciones y el dominio público», PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.), *Derecho de los bienes públicos, vol. I*, Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 49-100.

PAREJO GAMIR, R. y RODRÍGUEZ OLIVER, J.M., *Lecciones de dominio público*, ICAI, Madrid, 1976.

PAREJO GAMIR, R., *Protección registral y dominio público*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975.

-«Transmisión y gravamen de concesiones administrativas», *Revista de Administración Pública*, núm. 107, 1985, pp. 7-78.

PAULIAT, H., «Droit réel et propriété publique: une conciliation délicate, (à propos de

la décision n° 94-346 DC du Conseil constitutionnel du 21 juillet 1994)», *Actualité Législative Dalloz*, núm. 12, 1995, pp. 93-102.

PAYÁ PUJADÓ, A., *Régimen legal de la titulación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002

PELINO, S. y EVARISTO, S., «Gestione e valorizzazione del patrimonio pubblico», *Rivista della Corte dei Conti*, núm. 4, 2006, pp. 243-273.

PELLOUX, R., *La notion de la domanialité depuis la fin de l'ancien droit*, Dalloz, Grenoble, 1932.

PÉREZ BOTIJA, E., «Problemas de Administración corporativa», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7-8, 1942, p. 291.

PÉREZ CÁNOVAS, N., «Problemas actuales en torno a la delimitación vertical de la propiedad sobre inmuebles por naturaleza », *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 586, 1998, pp. 735-760.

-«La disociación jurídica del dominio y el pluridominio», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 672, 2002, pp. 1239-1300.

PÉREZ SARRIÓN, L., «La Sentencia 166/1998 del Tribunal Constitucional: un cambio de rumbo doctrinal en el tratamiento de la inembargabilidad de los bienes patrimoniales de las Entidades Locales», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 3, 1999, pp. 368-378.

PIÑAR MAÑAS, J.L., «El Derecho comunitario como marco de referencia del Derecho español de contratos públicos», GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 27-77.

PISANI, C., «Les investisseurs sur le domaine public: le point de vue d'un notaire», La réforme du droit des propriétés publiques, *Petites affiches, La Loi, Le Quotidien Juridique*, núm. 23, 2004, pp. 32-35.

PLESSIX, B., *La théorie des droits réels administratifs à l'épreuve du temps*, Mémoire DEA, Paris, 1995.

POLICE, A., «I beni di proprietà pubblica», GAETANO SCOCA, F. (coord.), *Diritto Amministrativo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2000, pp. 621-647.

-*I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Atti del Convegno di Studi Ville Tuscolane, 16-18 novembre, 2006, Giuffré, Milano, 2008.

PORTILLO NAVARRO, M.J., «La realidad presupuestaria local. Pasado, presente y futuro», PORTILLO NAVARRO, M.J. y MERINO ESTRADA, V. (coords.), *Crisis económica y Entidades locales*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pp. 37-57.

PROUDHON V., *Traité du domaine public (ou De la distinction des biens considérés*

*principalement par rapport au domaine public*), Dijon, Lagier, 1833.

QUINTANA LÓPEZ, T., «Viejos y nuevos problemas de la concesión minera», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 18, 2009, pp. 13-73.

-*Concesión de minas y protección del medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

RAMÓN FERNÁNDEZ, T., «Las obras públicas», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, 1983, pp. 2427-2469.

REBOLLO PUIG, M., «Infracciones y sanciones urbanísticas en Andalucía», TORRES LÓPEZ, M.A. y ARANA GARCÍA, E. (coords.), *La disciplina urbanística en Andalucía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 361-531.

Redacción de “El Consultor”, «Inembargabilidad de los bienes patrimoniales. Una sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, de 9 de mayo de 1997 declara el embargo de bienes de un Ayuntamiento», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 6.755, 1997.

REGGIO, S. y D'URSO PIGNATARO, G., «Tutela e valorizzazione dei beni pubblici quale concreta manifestazione della sovranità dello Stato e dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali autonomi costituzionali», *L'Amministrazione italiana*, núm. 5, 1997, pp. 733-747.

REINA TARTIÈRE, G., «Los derechos reales administrativos: fundamentos para una categoría», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 714, 2009, pp. 1669-1714.

RENNA, M., *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Giuffrè, Milano, 2004.

RESTA, R., «Dei beni appartenenti allo Stato, agli Enti pubblici e agli Enti ecclesiastici», BRANCA, G. e SCIALOJA, A. (coords.), *Commentario del Codice Civile*, Libro Terzo, Nicola Zanichelli Editore, Soc. Ed. del Foro italiano, Bologna e Roma, 1976, pp. 68-135.

REVIGLIO, E., *Per una riforma del regime giuridico dei beni pubblici. Le proposte della Commissione Rodotà*, in *Politica del Diritto*, 2008, fasc. 3.

REZENTHEL, R., «Vers une meilleure protection contre la précarité de l'occupation du domaine public», *Actualité Juridique en Droit Administratif*, vol. 57, núm.12, 2001, pp. 1025-1033.

-«Le droit de propriété de l'occupant du domaine public», *Droit Maritime Français*, núm. 666, 2006, p. 637.

RICHER, L., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, Paris, 2012.

RIDAO MARTÍN, J., «La colaboración público-privada en la dotación de

infraestructuras públicas. La situación actual en España y las alternativas al actual marco regulador», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 94, 2012, pp. 177-207.

RIGAUD, L., *La théorie des droits réels administratifs*, Libr. Rec. Sirey, Toulouse, 1914.

RIVERO ORTEGA, R., *Derecho Administrativo económico*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

RIVERO YSERN, E., «Concepto, naturaleza jurídica y elementos del deslinde administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 52, 1967, pp. 201-263.

RIVERO YSERN, J.L., *Manual de Derecho Local*, Thomson-Reuters, Navarra, 2010.

ROCA SASTRE, R.M., «Ensayo sobre el derecho de superficie», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 392-393, 1961, pp. 7-66.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1979.

RODRÍGUEZ CURIEL, J.W., *Ayudas de Estado a empresas públicas*, Ministerio de Industria y Energía, Madrid, 1989.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Derecho Administrativo Patrimonial: comentario a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, Tomo I*, Bosch, Barcelona, 2005.

RODRÍGUEZ-ARANA, J., «Afectación, desafectación y mutaciones demaniales», HORGUÉ BAENA, C. (dir.), *Régimen patrimonial de las Administraciones Públicas*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 85-111.

ROTA, A., *I beni demaniali dopo le riforme. Proprietà del bene e titolarità della funzione*, Cedam, Padova, 2007.

ROUAULT, M.C., «La constitution de droits réels sur le domaine public», *Revue de Droit Immobilier*, núm. 1, 1995, II. 22415.

RUIZ OJEDA, A., *Dominio público y financiación privada de infraestructuras y equipamientos: un estudio del caso francés y análisis comparativo de la reciente regulación española*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

-«Análisis jurídico del futuro marco regulador de la concesión de obras públicas. Algunas propuestas para el sector de carreteras», Jornadas sobre contratación, construcción y explotación de carreteras en España, Asociación Española de la Carretera, Palma de Mallorca, 2002.

RUIZ OJEDA, A.; MARCOU, G., y GOH, J., *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y*

## BIBLIOGRAFÍA

*España (elementos comparativos para un debate)*, Civitas, Madrid, 2000.

SAINZ MORENO, F., «El subsuelo urbano», *Revista de Administración Pública*, núm. 122, 1990, pp. 153-208.

-«El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la Revista de Administración Pública», *Revista de Administración Pública*, núm. 150, 1999, pp. 477-514.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Los bienes públicos: régimen jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997.

-«El alcance del principio de inembargabilidad de los bienes y derechos de las Entidades locales: a propósito de la STC 166/1998, de 15 de julio», *Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, núm. 3, 1999, pp. 35-52.

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *La inscripción de los bienes públicos*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2009.

SÁNCHEZ-MESA MARTÍNEZ, L.J., «El tratamiento de los bienes públicos en el Derecho comparado: el modelo italiano», PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.), *Derecho de los bienes públicos, vol. IV. Protección y tráfico jurídico de los bienes. Derecho comparado*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 589-666.

SANDULLI, A.M., «Beni pubblici», *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffré, 1958; GIANNINI, M.S., *I beni pubblici*, Mario Bulzoni, Roma 1963, pp. 277-300.

-*Manuale di Diritto Amministrativo*, XV Edizione, Jovene Editore, Napoli, 1989.

SANTAMARÍA DACAL, A.I., «Mutaciones demaniales. Adscripción y desadscripción de bienes y derechos. Incorporación al Patrimonio de la Administración General del Estado de bienes de los organismos públicos», CHINCHILLA MARÍN, C. (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 411-428.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., «Objeto y ámbito. La tipología de los bienes públicos y el sistema de competencias», CHINCHILLA MARÍN, C. (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 43-108.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General, vol. II*, Iustel, Madrid, 2009.

SANZ GANDASEGUI, F., «El concepto de contrato de concesión de obras públicas», MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.), *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 103-134.

SAUGEZ, H., *L'affectation des biens à l'utilité publique. Contribution à la*



*théorie générale du domaine public*, Université d'Orléans, Orléans, 2012.

SERNA VALLEJO, M., «Los bienes públicos: formación de su régimen jurídico», GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (coord.), *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 39-63.

SERRANO GONZÁLEZ, M., «Coordinación y optimización de los edificios administrativos», CHINCHILLA MARÍN, C. (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 729-761.

SERRERA CONTRERAS, P.L., «La certificación administrativa de dominio y la reanudación del tracto sucesivo interrumpido», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 402-403, 1961, pp. 1081-1102.

SILVA SÁNCHEZ, M.J., «La ejecución de sentencias contencioso-administrativas: nuevos horizontes», *Poder Judicial*, núm. 41-42, 1996, pp. 27-58.

SIMÓN ACOSTA, E., *El Derecho Financiero y la ciencia jurídica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1985.

SORACE, D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 2010.

SORACE, D., y MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in Dig. Disc. pubbl., III, Utet, Torino, 1989.

SOSA WAGNER, F., *La gestión de los servicios públicos locales*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008.

SPITZ, P.E., «Les nouvelles méthodes de gestion des biens publics: l'exemple de Paris», *Actualité Juridique en Droit Administratif*, núm. 18, 2007, pp. 954-959.

TELLO BLASCO, C.M., «Modelos aplicados de colaboración público-privada por la Administración Pública. Experiencias en la Administración General del Estado», *Revista Española de Control Externo*, vol. 10, núm. 28, 2008, pp. 65-88.

TERNEYRE, P. y NOYER, B., «Le bail emphytéotique administratif comme technique contractuelle moderne de valorisation des collectivités locales», *Les Petites Affiches*, 10 juillet, 1996, núm. 35, p. 19.

TERRACCIANO, G., *Il demanio quale strumento di finanza pubblica. Profili finanziari e tributari*, Giappichelli Editore, Torino, 2000.

TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho español*, Tecnos, Madrid, 2010.

TORRES PRADAS, L. y PINA MARTÍNEZ, V., «La financiación privada de infraestructuras públicas: el peaje en la sombra», *Revista Española de Financiación y*

## BIBLIOGRAFÍA

*Contabilidad*, núm. 123, 2004, pp. 899-934.

TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., «El régimen jurídico del subsuelo (a propósito de la construcción de las líneas de alta velocidad)», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 49, 2003, pp. 59-74.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., *Ejecución y financiación de obras públicas: estudio de la obra pública como institución jurídico-administrativa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., *Acción reivindicatoria, titularidad dominical y prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

VÁZQUEZ GARRANZO, J., «Contrato de colaboración público-privada», PALOMAR OLMEDA, A. y PAREJO ALFONSO, L. (dirs.), *El nuevo marco de la contratación pública*, Bosch, Barcelona, 2012, pp. 241-362.

VÁZQUEZ SELLÉS, S., «La inembargabilidad de los bienes de las entidades locales y el derecho a la tutela judicial efectiva. La Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1998, de 15 de julio», *Actualidad Administrativa*, núm. 12, 1999, pp. 319-328.

VERGES I JAIME, J., *Empresas públicas: cómo funcionan comparativamente a las privadas. Eficiencia, eficacia y control*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2008

VILLALBA PÉREZ, F., «Protección y defensa del patrimonio de las Administraciones Públicas: inventario patrimonial e inscripción registral de los bienes públicos (artículos 32 a 40), MESTRE DELGADO, J.F. (dir.), *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2004, pp. 387-431.

VILLAR EZCURRA, J.L., «Las infraestructuras públicas: viejos y nuevos planteamientos», editada por Ariño & Almoguera, Abogados, Nuevo Derecho de las infraestructuras, coedición de la Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red y la Editorial Montecorvo, Madrid, 2001.

VILLAR PALASÍ, J.L., «Naturaleza y regulación de la concesión minera», *Revista de Administración Pública*, núm. 1, 1950, pp. 79-116.

-Voz «concesiones administrativas», *Enciclopedia Jurídica Seix, Tomo IV*, Barcelona, 1958, pp. 695-718.

-*La intervención administrativa en la industria*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964.

-*Apuntes de Derecho Administrativo, Tomo X*, Universidad de Madrid, Madrid, 1966.

VILLAR ROJAS, F. J., *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos*, Comares,

Granada, 2000.

-«La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales», *Revista de Administración Pública*, núm. 172, 2007, pp. 141-188.

VILLARINO MARZO, J., «Técnicas patrimoniales de colaboración público-privada: las concesiones demaniales y el arrendamiento operativo», DORREGO DE CARLOS, A. y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F. (coords.), *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 449-514.

YOLKA, P., *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, LGDJ, Paris, 1997.

-«Réquiem pour la gratuité», *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités Territoriales*, núm. 8, 2007, act. 170.2.

-*Code Général de la Propriété des Personnes Publiques commenté*, Litec, Paris, 2010.

ZABALA HERRERO M., *Régimen jurídico del subsuelo urbanístico*. Cuadernos de Urbanismo, Montecorvo, Madrid, 2002.