

LECCIONES

EL DOMINIO PÚBLICO COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA: CONFIGURACIÓN HISTÓRICA Y SIGNIFICADO ACTUAL EN EL DERECHO PÚBLICO ESPAÑOL

ÁNGEL MENÉNDEZ REXACH*

SUMARIO: I. EL DOMINIO PÚBLICO EN LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA DEL SIGLO XIX: 1. Ley de Propiedad Literaria de 1847. 2. «Baldíos» como dominio público. 3. Carreteras y ferrocarriles. 4. Legislación hipotecaria. 5. La Ley de Aguas de 1866. 6. La Legislación de Minas de 1868. 7. La Ley General de Obras Públicas de 1877.- II. EL PRECIPITADO FINAL DEL ART. 339 DEL CÓDIGO CIVIL.- III. LA LEY DE PATRIMONIO DEL ESTADO DE 1964.- IV. LA LEY DE PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE 2003.- V. RECAPITULACIÓN: EL DOMINIO PÚBLICO ES UN «GENUS» CON VARIAS ESPECIES.- VI. LOS RIESGOS DE LA PATRIMONIALIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.- VII. SIGNIFICADO DEL DOMINIO PÚBLICO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

I. EL DOMINIO PÚBLICO EN LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA DEL SIGLO XIX

1. Ley de Propiedad Literaria de 1847

La expresión «dominio público», de origen francés, se recibe en España hacia la mitad del siglo XIX. La primera Ley en que se encuentra parece ser la de Propiedad Literaria, de 10 de junio de 1847, cuyo art. 14 establecía que: «cuando fenezca el término que concede esta Ley a los autores o editores o a sus herederos o derechohabientes, o no conste el dueño o propietario de una obra, entrará ésta en el dominio público». Es evidente que aquí dominio público quiere decir que el bien pertenece a todos en general y a nadie en particular, ya que cualquiera puede hacer uso de él.

*. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de Madrid.

2. «Baldíos» como dominio público

La expresión comentada surge también en la misma época en relación con el régimen de los baldíos o terrenos incultos. Por Real Decreto de 23 de mayo de 1845 se reguló la contribución sobre el producto líquido de los bienes inmuebles y del cultivo de la ganadería, en el marco del nuevo sistema tributario establecido por Ley de la misma fecha. El citado Real Decreto disponía que disfrutarían de exención absoluta y permanente «los terrenos baldíos de aprovechamiento común, mientras no se enajenen a particulares» (art. 3, párrafo 8º). La exención debió aplicarse en la práctica en términos muy amplios, hasta el punto de que se hizo necesario salir al paso de esa interpretación. A este respecto, la Orden de 12 de mayo de 1851 aclaró «que por baldío en su acepción propia sólo se debe entender el terreno que, no correspondiendo al dominio privado, pertenece al dominio público para su común disfrute o aprovechamiento, y no está destinado ni a la labor ni adehesado» (art. 2). En este contexto, la expresión dominio público se refiere a bienes que no son de dominio privado, sino que están sujetos al aprovechamiento inmediato de todos y en concreto de los vecinos o miembros de la comunidad. Se trata, pues, de una acepción similar a la de la Ley de Propiedad Literaria de 1847: dominio público como ausencia o inexistencia de dominio particular.

3. Carreteras y ferrocarriles

En la legislación de Obras Públicas de la época no aparece la expresión «dominio público» sino la de «servicio público», que se contrapone al «servicio particular», para clasificar los caminos ordinarios o carreteras de la península (Ley de 22 de julio de 1857). Pero es evidente que la expresión «servicio público» quiere decir «uso general», como se deduce del art. 25 de la mencionada Ley que define las carreteras de servicio particular como aquéllas que «sirviendo para la explotación de minas, canteras y montes, para la comunicación de establecimientos industriales o de otra clase cualquiera, o para el servicio de edificios, haciendas o propiedades particulares, pasen por terrenos que no sean propiedad del que construya el camino». Bien claro está el concepto de uso público en el art. 1 del Real Decreto de 7 de abril de 1848, según el cual «los caminos públicos que no estén comprendidos en la clase de carreteras nacionales o provinciales, se denominarán en lo sucesivo caminos vecinales de 1º y 2º orden, según se califican atendida su frecuentación e importancia». Así, pues, los caminos (carreteras y caminos vecinales) son públicos porque son de uso público.

La vinculación entre las expresiones «servicio general» y «dominio público» se constata claramente en la Ley de Ferrocarriles de 3 de junio de 1855, cuyo art. 3 declara que: «todas las líneas de ferrocarriles destinadas al servicio general son del dominio público y serán consideradas como obras de utilidad general». También aquí es evidente que «servicio general» quiere decir «uso general», en contraposición a los ferrocarriles de servicio particular, que son aquéllos que se destinan «a la exclusiva explotación de una industria determinada o al uso privado» (arts. 3 y 62 de la Ley de Ferrocarriles de 1877, que repite el esquema de la de 1855). Aquí se apunta ya la configuración de los bienes de dominio público con base en el criterio de su destino al uso público, que será consagrada por la gran Ley de Aguas de 1866.

4. Legislación hipotecaria

En la misma época, la legislación hipotecaria confirma este criterio en términos que interesa reproducir. La Exposición de Motivos del Real Decreto de 6 de noviembre de 1863, que reguló la inscripción de los bienes y derechos reales del Estado y de las Corporaciones Civiles, en virtud de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, explicaba que: «no hay necesidad de inscribir los bienes de uso público general, como las calles, los caminos, las riberas y otros, no porque estén fuera del comercio, sino porque no están realmente apropiados, ni constituyen el patrimonio exclusivo de ninguna persona o corporación, ni es indispensable que estén señalados con un número en el Registro para que sea notorio su estado civil. Debe, pues, renunciarse a la inscripción de todos estos bienes...».

Frente a estos bienes de uso público general, la Exposición de Motivos comentada se refiere a aquéllos otros bienes «cuyo estado no sea tan conocido por más que se hallen también amortizados con destino a algún servicio público». En consecuencia, «los edificios ocupados con este objeto por la Administración» deberán ser inscritos, así como los montes del Estado que no se hallen en venta y otras fincas exceptuadas de la desamortización pero que no son de uso público general.

Hay, pues, una distinción nítida entre los bienes de uso público, que no es necesario inscribir porque es ostensible su naturaleza, y los de servicio público, cuya falta de notoriedad determina que deban ser inscritos. Tiene también interés subrayar que se quita importancia al hecho de que los bienes de uso público estén fuera del comercio, para poner el énfasis en el hecho de que «no están realmente apropiados ni constituyen el patrimonio exclusivo de ninguna

persona o corporación». Esta explicación estaba en contra de nuestra tradición jurídica, que había considerado las cosas comunes como bienes «*extracommercium*» y de la doctrina actual del Tribunal Constitucional que, como veremos más adelante, encuentra el dato definitorio del dominio público precisamente en la sustracción del tráfico jurídico ordinario de los bienes que se incluyen en esta categoría.

El Real Decreto de 11 de noviembre de 1864 confirma plenamente que la expresión «dominio público» vino a sustituir a la vetusta expresión de «dominio eminente», que no era sino una manifestación del «señorío», como imperio o poderío y no como propiedad. Todos los bienes de dominio público, en cuanto bienes de uso general, están sometidos al dominio eminente del Estado, es decir, a su jurisdicción e imperio, antes que ser objeto de su propiedad. En efecto, el art. 3 del citado Real Decreto exceptúa de la inscripción en el Registro de la Propiedad:

«los bienes que pertenecen tan sólo al dominio eminente del Estado, y cuyo uso es de todos, como las riberas del mar, los ríos y sus márgenes, las carreteras y los caminos de todas clases, con exclusión de los hierro, las calles, plazas, paseos públicos y ejidos de los 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».

La exclusión en esta relación de bienes, de los caminos de hierro, a diferencia de los caminos y carreteras ordinarios, puede explicarse porque los ferrocarriles fueron construidos fundamentalmente por particulares, en régimen de concesión, siendo obvia la relación de propiedad, mientras duraba la concesión, entre el titular y la obra. Pero esto no es ninguna peculiaridad de los ferrocarriles, sino de toda obra pública que, como tal, es susceptible de propiedad, si bien en las obras hidráulicas, a diferencia de los caminos ordinarios y de hierro se puede seguir distinguiendo entre la obra en sí, propiedad del concesionario (y después del Estado) y las aguas, sujetas al dominio eminente o jurisdicción del Estado.

5. La Ley de Aguas de 1866

Esta gran Ley constituye el precipitado de las tendencias que se acaban de reseñar, las cuales, como hemos visto, apuntaban la distinción entre unos bienes que son de dominio eminente del Estado porque están destinados al uso

común y no son susceptibles de propiedad privada y otro grupo de bienes de dominio privado de aquél y de las Corporaciones Locales. La Comisión redactora del Proyecto que luego se convertiría en la Ley de Aguas de 1866, creyó necesario explicar la significación de las expresiones «dominio público de la Nación» y «dominio particular del Estado», al utilizarlas por primera vez:

«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, caminos, ríos, muelles y puertos públicos; su carácter principal es ser inenajenables e imprescriptibles. 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, entre otras muchas, los montes, minas, arsenales, fortalezas y edificios militares».

Del párrafo transcrito interesa destacar que los montes y las minas se consideran dominio particular del Estado, lo cual era doctrina dominante en la época (Colmeiro, Derecho Administrativo, 4ª edición, 1876, Tomo II, pág. 111 y ss. y Toledano, Curso de Instituciones de Hacienda Pública en España, Tomo 2º, pág. 103 y ss). Por otra parte, la inclusión en el dominio particular del Estado de los arsenales, fortalezas y edificios militares no estaba de acuerdo en absoluto con la letra y el espíritu del Real Decreto de 11 de noviembre de 1864, antes citado, que había aislado un grupo de bienes, que, sin ser de uso común, eran análogos a éstos, al estar destinados a algún «servicio público», diferenciándose estos bienes de los montes y otras fincas del Estado exceptuadas de la desamortización. En otras palabras, en la Ley de Aguas de 1866 se pierde el matiz diferenciador de unos bienes de servicio público, frente a los de uso público, por un lado, y los de dominio particular del Estado, de otro, o, si se prefiere, aquéllos quedan englobados en este último grupo.

La ampliación del concepto de dominio público aplicándolo a unos bienes que no son de uso común, sino que albergan o están destinados a los servicios públicos (administrativos) del Estado se producirá más tarde con el art. 339 del Código Civil, que recogió en el ámbito del dominio público, el concepto de obra pública de la Ley de 13 de abril de 1877, como se verá más adelante.

Lo que interesa destacar aquí es que la Ley de Aguas de 1866, partiendo de la nítida distinción entre dominio nacional y uso público, por un lado, y do-

minio particular del Estado, por otro, identifica el concepto de dominio público con el destino al uso público y lo refiere a bienes sobre los que el Estado no tiene propiedad (su titular es la Nación) sino, a lo sumo, el dominio eminente. Si se compara este concepto estricto de la Ley de Aguas con el del art. 339 del Código Civil, se observa que en este último, sólo 25 años después, se ha producido una extraordinaria ampliación de su contenido, al incluir, junto a los típicos bienes de uso público, los destinados al servicio público o al fomento de la riqueza nacional. Esta sustancial ampliación se explica por la incidencia de dos importantes disposiciones promulgadas en ese período. El Decreto-Ley de Minas de 1868 y la ya citada Ley General de Obras Públicas de 1877.

6. La Legislación de Minas de 1868

La Exposición de Motivos del Decreto Ley de 1868 se enfrenta desde el primer momento a los diversos tipos de dominio a los que puede estar sometida la riqueza minera. La primera posibilidad es que dicha riqueza esté indisolublemente unida al suelo (principio de accesión), de modo que el propietario de éste lo sea también de los recursos que se encuentran en el subsuelo. La segunda posibilidad es que todas las minas de la nación «pertenezcan al dominio público» y, si son explotadas por el Estado, se convierten en «propiedades del Estado», sin perjuicio de que las pueda ceder con ciertas garantías a los particulares. La tercera posibilidad es que las minas no sean de nadie, de modo que se las apropie el primer ocupante, es decir, el que las explote con su trabajo.

El legislador de 1868 se inclina por la segunda solución, argumentando que, si bien las Ordenanzas de 4 de julio de 1825 «reflejo fiel de las absurdas y monstruosas Ordenanzas de Felipe II» (de 1582) partían del «principio regalista», al haberse transformado la manera política de ser de la sociedad española, el antiguo monarca de derecho divino ha sido sustituido en su persona por la entidad colectiva del Estado, y, por lo tanto, «era natural sustituir al derecho regalista el dominio público, como así lo hicieron... las Leyes de 11 de abril de 1849 y 11 de julio de 1859».

Esta explicación no es nada satisfactoria y sólo se entiende por el sustrato político e ideológico en que se promulga la disposición que comentamos (pocas semanas después de la llamada revolución «gloriosa» de septiembre de 1868, que había destronado a Isabel II). En efecto, las Ordenanzas de 1825 parten expresamente de la necesidad de conciliar «el interés particular con el derecho de mi soberanía» y, por ello, las minas aparecen atribuidas no a la propiedad del Rey, sino a la Corona, en virtud de su imperio o señorío («pertene-

ciendo a mi Corona y señorío real el dominio supremo de las minas de todos mis reinos...»).

Esta rotunda declaración de titularidad jurídico pública fue transformada en una burda relación de propiedad por la Ley de 11 de abril de 1849: «la propiedad de las sustancias designadas en el artículo anterior (se refiere a sustancias inorgánicas, metálicas, combustibles, piedras preciosas, etc.) corresponde al Estado...». Estas mismas palabras fueron utilizadas por la Ley de 6 de julio de 1859 (art. 2). Que la Exposición de Motivos del Decreto-Ley de 1868 considere que está diciendo lo mismo que las disposiciones anteriores, al declarar las minas de dominio público, solamente tiene una explicación: la utilización del dominio público como un simple título competencial, porque es evidente que el Estado no es propietario de todas las minas sino sólo de aquéllas que explota por sí mismo, como dice expresamente la Exposición de Motivos. El dominio público sirve aquí para acotar un bien y prohibir su explotación, salvo permiso. Equivale a prohibición general con posibilidad de obtener una concesión.

Es evidente que este concepto de dominio público nada tiene que ver con el tradicional de las cosas públicas de utilidad común y uso general como eran las aguas, los caminos, las riberas del mar, etc. Ninguno de los países de nuestro entorno cultural ha declarado las minas de dominio público, cosas públicas, sino que hay determinadas sustancias minerales cuya explotación está prohibida salvo autorización o concesión del Estado (Code Minier de 16 de agosto de 1956 en Francia, el país del dominio público y Bundesberggesetz de 13 de agosto de 1980 en Alemania). Es una gran violencia histórico-jurídica llamar a las minas «*res publicae*». Pero eso es lo que hizo el Decreto-Ley de 1868.

El concepto de dominio público en la disposición comentada es justamente el viejo concepto de «regalía», es decir, un derecho privativo de la Corona sobre determinados bienes como eran los mostrencos, abintestato y las minas. Este concepto es el mismo que está recogido en Las Partidas (Ley XXI, Título XXVIII, Partida 3^a), cuando preceptúan que «son de los Emperadores y de los Reyes las rentas de los puertos, de los portazgos, de las salinas, de las pesqueras, de las ferrerías y de otros metales». Sobre estos bienes también existía el Señorío o regalía, que se ejerce en plenitud, como un puro ingreso fiscal, por la Corona. En cambio, la regalía o Señorío sobre las cosas públicas, es decir, las de uso común y general, estaba limitada precisamente por este uso público. El concepto de dominio público de mitad del siglo XIX en España estaba centrado exclusivamente sobre las vetustas «cosas públicas» y, al ampliarlo a otros ámbitos del derecho regaliano, perdió obviamente en precisión. Hay que subrayar, sin embargo, que el Decreto-Ley de 1868 no suponía un uso

totalmente novedoso de la expresión «dominio público», ya que el mejor conocedor del Derecho de Aguas en el siglo XIX, Cirilo Franquet y el Ponente de la Comisión Regia que elaboró el Proyecto de Ley de Aguas de 1866, Rodríguez de Cepeda, utilizaron la expresión dominio público aplicada a las aguas subterráneas, cuyo significado es exactamente el mismo que el de las minas.

En resumen, el concepto de dominio público como bienes de uso común y general, acuñado en la Ley de Aguas de 1866, se amplía extraordinariamente cuando en 1868 se configura como reserva al Estado y prohibición de acceso al bien salvo concesión expresa.

7. La Ley General de Obras Públicas de 1877

Esta importante Ley, clave en la construcción teórica del Derecho Administrativo español, entiende por obras públicas «las que sean de general uso y aprovechamiento y las construcciones destinadas a servicios que se hallan a cargo del Estado, de las provincias y los pueblos» (art. 1). Al primer grupo pertenecen los caminos, ordinarios y de hierro, los puertos, los faros, los grandes canales de riego y navegación, las obras hidráulicas, etc., mientras que en el segundo se incluyen los edificios públicos destinados a servicios que dependan del Ministerio de Fomento.

La mayor parte de las obras públicas del primer grupo se convertirían en bienes de uso público o general, mientras que el resto tendrían ese carácter por su «general aprovechamiento» (faros, canales de riego, desecación de lagunas o marismas). Pero la gran novedad de la Ley estriba en configurar también como obras públicas las construcciones (edificios) destinadas a servicios del Estado, las provincias o los pueblos. Estas obras serán públicas por estar destinadas a los «servicios públicos» (administrativos). De este modo, el gran dualismo clasificatorio de las obras públicas (uso general y servicio público) determinó una sustancial ampliación del concepto de dominio público. Esto se reflejará, diez años más tarde, en el art. 339 del Código Civil.

II. EL PRECIPITADO FINAL DEL ART. 339 DEL CÓDIGO CIVIL.

El art. 339 del Código Civil establece que:

«Son bienes de dominio público:

1º. Los destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes, construidos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos.

2º. Los que pertenecen privativamente al Estado sin ser de uso común y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas mientras no se otorgue su concesión».

El número primero son las viejas «*res publicae*» o los bienes de uso general y público, meollo fundamental del concepto de dominio público hasta 1866. El número 2 incluye los bienes que están destinados al servicio público en el sentido anteriormente explicado y dominante en el siglo XIX, esto es, las construcciones destinadas a albergar servicios administrativos. Por último, la inclusión de las minas, añadiendo que serán de dominio público «mientras no se otorgue su concesión», tiene su explicación por la vigencia del Decreto-Ley de 1868, antes comentado, que regulaba las concesiones a perpetuidad. La pretensión de fundamentar teóricamente la inclusión de las minas en el dominio público con el criterio del «fomento de la riqueza nacional» no tiene sentido, porque a ese fin se destinan todos los bienes patrimoniales del Estado e incluso los de los particulares, sin que nadie haya pretendido calificarlos de dominio público.

El art. 339 del Código Civil resulta así el precipitado de las tendencias que habían marcado la legislación administrativa e hipotecaria del siglo XIX, abarcando tres tipos de bienes diferentes: los de uso general, los destinados a los servicios públicos y los reservados al Estado. Esto pone de relieve que el régimen jurídico de los bienes de dominio público no es unitario, porque el citado concepto es un género susceptible de diversas especies. Esto significa que hay que atender a las leyes concretas reguladoras de los diferentes bienes de dominio público para establecer con precisión su régimen jurídico.

Sin embargo, el punto de unión de todos estos bienes, lo que los diferencia de los patrimoniales del Estado, es que el título jurídico fundamental para su regulación e intervención es el poder público y no el dominio o la propiedad. Sobre esto volveremos más adelante.

III. LA LEY DE PATRIMONIO DEL ESTADO DE 1964.

El final de la evolución legislativa descrita está representado por la Ley de Patrimonio del Estado (LPE) de 15 de abril de 1964, cuyo art. 1, párrafo 1º, define de forma negativa el concepto de dominio público al enumerar los bienes que constituyen el patrimonio del Estado. Reiterando el mandato del Código Civil, esta Ley determina que son bienes de dominio público «los que están

afectos al uso general o a los servicios públicos» y los que tengan atribuida la condición de demaniales en virtud de una Ley.

Evidentemente, la expresión «uso general» de la Ley del Patrimonio es sinónima del uso público o común del art. 339.1 y 2 del Código Civil. En cambio, la expresión «bienes afectos a los servicios públicos» es más amplia y al mismo tiempo más restringida que la contenida en el Código: «bienes destinados a algún servicio público». La primera hacía referencia originariamente, como ya vimos, a los edificios destinados a las funciones de la Administración Pública, pero con el tiempo se fue extendiendo a todas las actividades ligadas a la Administración y no tanto a los edificios y construcciones que albergan a los servicios administrativos en sentido estricto. Quizá por ello el legislador de 1964 cree conveniente hacer una expresa mención del carácter «demanal» de los «edificios en los que se alojen órganos» del Estado.

Por lo demás, desaparece el singular criterio del fomento de la riqueza nacional, si bien, en contrapartida la Ley que comentamos establece un nuevo criterio, puramente formal, para calificar los bienes de dominio público: «que una Ley les confiera expresamente el carácter de demaniales». Así se consagra la progresiva ampliación y desnaturalización del concepto de dominio público. Pueden recibir esta calificación todos aquellos bienes en que lo establezca una Ley, sean o no de uso general, estén o no afectados a un servicio público. Este dato legislativo no es sino una nueva confirmación de la tesis anteriormente mantenida: el dominio público como concepto genérico que abarca diversas especies.

IV. LA LEY DE PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE 2003

La LPE ha sido derogada por la reciente Ley 33/2003, de 3 de noviembre (BOE 4 de noviembre), del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP). Pero la nueva Ley no ha introducido modificación alguna en cuanto al criterio del dominio público, que sigue siendo la afectación al uso general o al servicio público, así como la atribución legal expresa del carácter demanal (art. 5.1).

En esta Ley llama la atención la referencia a los «derechos» de dominio público (junto a los «bienes»). A primera vista, no es fácil saber qué derechos son de dominio público. Podría tratarse de las servidumbres legales de uso público, como las de la Ley de aguas (art. 6.1.a) y la Ley de Costas (art. 27). Tam-

bién cabe la posibilidad de que el legislador esté pensando en los derechos de propiedad intelectual, una vez transcurridos los plazos correspondientes. Pero la calificación de dominio público debe aplicarse únicamente a «bienes», por lo que su extensión a «derechos» revela una gran imprecisión conceptual, desnaturalizando todavía más una expresión que ya tiene una amplitud desmesurada, como se ha puesto de relieve en la reseña de la evolución legislativa.

V. RECAPITULACIÓN: EL DOMINIO PÚBLICO ES UN «GENUS» CON VARIAS ESPECIES

El resultado del análisis anterior es que, bajo la calificación de dominio público, se agrupa un conjunto heterogéneo de bienes, que tienen en común su carácter demanial, pero cuyo régimen puede ser diferente, ya que no hay una regulación unitaria, sino que cada categoría está regulada en leyes especiales (aguas, costas, carreteras, puertos, etc.), entre las que pueden existir diferencias significativas. Así lo reconoce la nueva LPAP (art. 5.4), al establecer que sus disposiciones sólo son aplicables «a falta de normas especiales», reguladoras de las distintas clases de bienes demaniales, que serán las aplicables en primer término.

En síntesis, se pueden distinguir tres grandes grupos:

- a) bienes que podrían ser objeto de apropiación, pero cuyo destino normal es el uso público y por eso se declaran de dominio público (aguas, playas, zona marítimo-terrestre, carreteras, etc.). Aquí está el origen de esta institución jurídica, que entronca directamente con las viejas cosas comunes o públicas de Las Partidas
- b) bienes privativos de las Entidades públicas (por tanto, propiedad de ellas), pero que se califican de dominio público por estar destinadas al «servicio público» (ejemplo típico: edificios públicos)
- c) bienes que no son de uso público ni están destinados al servicio público, pero cuyo control se reserva el Estado por su importancia económica (minas) o cultural (yacimientos arqueológicos)

La inclusión de bienes tan heterogéneos bajo la calificación de dominio público suscita dudas sobre el carácter unitario de esta institución jurídica (que se diversifica en una serie de regímenes particulares), pero puede tener una explicación en la necesidad de proteger esos bienes, mediante la afirmación del dominio eminente del Estado (en sentido amplio) sobre ellos. Lo característico de estos bienes es el ejercicio de poder público para garantizar su destino, no la

propiedad (aunque sean apropiables). De ahí la necesidad de prevenir frente a los riesgos de la «patrimonialización» del dominio público a que podría conducir una concepción «propietarista» de estos bienes.

VI. LOS RIESGOS DE LA PATRIMONIALIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO

Hasta bien entrado el siglo XX la legislación y la doctrina jurídica española concibieron el dominio público como un conjunto de bienes sometidos al señorío o dominio eminente del Estado, pero no objeto de propiedad. Sin embargo, posteriormente la doctrina y la jurisprudencia han configurado al dominio público como una relación de propiedad y no de imperio o jurisdicción. Sin entrar aquí en los pormenores de esta polémica ni en los problemas prácticos en torno a los que se ha planteado (la competencia urbanística municipal sobre espacios de dominio público estatal), hay que llamar la atención sobre el carácter determinante del ejercicio de poder público, *potestas* o *imperium*, para fijar la sustancia del dominio público como institución jurídica, como pone de relieve la evolución legislativa antes reseñada. Ello con independencia de que los bienes en cuestión sean o no susceptibles de apropiación (lo son casi todos los de uso público y, desde luego, todos los de servicio público).

La trascendencia de una concepción «propietarista» o «patrimonialista» frente a una concepción de «*potestas*» de los bienes de dominio público no se le escapa a nadie: la primera tendrá una tendencia inevitable a la explotación patrimonial del bien, mientras que la segunda pondrá el énfasis en el cumplimiento de los fines a que está destinado, tanto si produce rentas como si no. Pero la obtención de una rentabilidad, en términos lucrativos, nunca será un fin en sí mismo en la concepción tradicional española, que hoy está siendo profundamente erosionada por la concepción patrimonialista derivada de la configuración del dominio público como propiedad. La nueva LPAP representa un paso significativo en esta tendencia al partir de una concepción amplia del «patrimonio» de las AAPP, en el que se incluyen tanto los bienes de dominio público como los patrimoniales (artículos 3 y 4). También llama la atención la propia denominación de la Ley, ya que las AAPP no son «titulares» de patrimonio alguno, sino que lo serán las entidades territoriales a que pertenecen (Estado, CCAA y CCLL) así como sus organismos públicos. Desde esta perspectiva la redacción del art. 9 es un completo despropósito.

Al margen de las consecuencias prácticas, que pueden ser extraordinariamente importantes (por el camino que vamos, se podría exigir una contrapres-

tación por pasear por las calles, bañarse en las playas e, incluso, por respirar), habrá siempre un elemento ilógico en una concepción que quiere afirmar la propiedad sobre un bien que se declara al mismo tiempo inalienable, imprescriptible e inembargable, características típicas de unos bienes que se consideraba que no eran de nadie, puesto que pertenecían a todos. Responde a una concepción del Derecho público muy diferente la fundamentación de la relación jurídica entre el Estado y los bienes de dominio público (en concreto, los de uso general) como propiedad y no como *imperium*, señorío o dominio eminente, de acuerdo con la tradición española.

VII. SIGNIFICADO DEL DOMINIO PÚBLICO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

1. La Constitución de 1978 es la primera de nuestra historia que hace referencia a la institución jurídica del dominio público (art. 132.2), con un doble propósito: a) reservar a la Ley la determinación de los de titularidad estatal; b) atribuir directamente esa calificación a la zona marítimo-terrestre, playas, mar territorial y recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental. Las dudas que pudieron suscitarse en un primer momento sobre el alcance de este precepto constitucional fueron despejadas por el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 227/88, de 29 de noviembre (sobre la Ley de Aguas), declarando que (FJ 14): a) la reserva de ley lo es *«precisamente a la ley estatal»*; b) dicha reserva no se refiere a bienes específicos o singularmente identificados, sino a tipos o categorías genéricas de bienes definidos según sus características naturales homogéneas; c) la incorporación 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»* (esta afirmación parece respaldar la tesis de que la naturaleza del dominio público no reside en la relación de propiedad); d) esta exclusión genérica de bienes del tráfico jurídico privado afecta a la igualdad sustancial entre los españoles (art. 149.1.1ª), por lo que sólo el legislador estatal tiene ese poder de disposición.

2. En la misma sentencia (FJ 14), el Alto Tribunal declara que no hay que confundir la *«demanialización»* de bienes y la *«reserva de recursos al sector público»* prevista en el art. 128.2 de la Constitución, *«pues cabe la reserva sin incorporación al demanio y, viceversa, dominio público sin reserva de uso del bien demanial»*. También hay una diferencia en el orden competencial: la reserva de recursos al amparo del 128.2 no es facultad exclusiva del Estado, mientras que sí lo es la inclusión genérica de categorías enteras de bienes en el demanio en atención a sus características naturales..

3. Dicha inclusión está vinculada a la «satisfacción de necesidades colectivas primarias, como, por ejemplo, la que garantiza el art. 45 de la Constitución». Este precepto atribuye a todos el «derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo». El uso y disfrute de los bienes de dominio público «natural» aparece así inescindiblemente unido a la efectividad del derecho al medio ambiente, cuya garantía corresponde al Estado, al menos en sus «condiciones básicas» de ejercicio (art. 149.1.1ª), es decir, fijando unos contenidos mínimos, que aseguren la igualdad sustancial en todo el territorio español.

4. Las ideas anteriores han sido desarrolladas y aplicadas directamente al dominio público marítimo-terrestre en la Sentencia 149/91, por la que se resolvieron los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley de Costas de 1988. El Tribunal Constitucional, argumentando desde la perspectiva competencial que inspiraba la mayor parte de las impugnaciones, declara que la titularidad estatal sobre estos bienes implica necesariamente el establecimiento de un régimen de protección de los mismos, pues «el mandato del constituyente quedaría burlado si el legislador obrase de modo tal que, aun reteniendo físicamente en el dominio público del Estado la zona marítimo-terrestre, tolerase que su naturaleza o sus características fuesen destruidas o alteradas» (FJ 1.C). La conclusión cae por su propio peso: «el legislador estatal no sólo está facultado, sino obligado, a proteger el demanio marítimo-terrestre a fin de asegurar tanto el mantenimiento de su integridad física o jurídica, como su uso público y sus valores paisajísticos» (FJ 1.D).

5. La titularidad estatal sobre el dominio público marítimo-terrestre no es, pues, una mera forma vacía de contenido o susceptible de acoger cualesquiera determinaciones establecidas por el legislador, sino que comporta mandatos positivos a éste, al menos en la triple dirección que indica el propio Tribunal: defensa de la integridad, garantía del uso público y preservación de los valores paisajísticos. No puede extrañar, por tanto, que, aunque el art. 132.2 de la Constitución no sea, en sí mismo, una norma de distribución de competencias (como ya había declarado la STC 227/88 y reitera la 149/91), de la titularidad demanial sobre estos bienes derivan importantes competencias para el Estado. Hasta una treintena de veces el Alto Tribunal recurre a este fundamento (la titularidad demanial) para justificar la atribución al Estado de las competencias controvertidas.

6. Ahora bien, la titularidad demanial del Estado (y las competencias que de ella derivan) se encuentra limitada por el orden constitucional de competencias y, muy en especial, por las que corresponden a las Comunidades Autó-

nomas en materia de ordenación del territorio y urbanismo. A este respecto, el Alto Tribunal ha formulado importantes precisiones, que son punto de partida obligado para centrar el difícil problema de la delimitación competencial entre ambas esferas territoriales: a) aunque la Ley de Costas no defina el término «litoral», es evidente que forma parte del territorio, por lo que todas las Comunidades Autónomas competentes en materia de ordenación del territorio lo son también para ordenar el litoral, siendo irrelevante que los Estatutos hayan diferenciado ambas competencias (Sentencia 149/91, FJ 1.A.); b) el mar no forma parte del territorio y, por tanto, no es susceptible de «ordenación» en virtud del citado título competencial (FJ 7.A.b. y h.), sin perjuicio de otros que puedan corresponder a las Comunidades Autónomas (por ejemplo, pesca en aguas interiores); c) las finalidades de protección del dominio público que ampara el art. 45 de la Constitución no pueden alcanzarse *«sin limitar o condicionar de algún modo las utilidades del demanio y el uso que sus propietarios puedan hacer de los terrenos colindantes y, en consecuencia, tampoco sin incidir sobre la competencia que para la ordenación del territorio ostentan las Comunidades Autónomas costeras»* (id. FJ 1.D); d) la legitimación de esta incidencia es distinta según la franja costera sobre la que se proyecte, porque, mientras en la zona de dominio público tiene apoyo en la titularidad estatal, en los terrenos colindantes (que ya no son de titularidad estatal), aparte de los títulos específicos que puedan invocarse en cada caso (defensa nacional, obras públicas, etc.), hay dos genéricos, que son la garantía de la igualdad sustancial (art. 149.1.1ª) y la legislación básica sobre medio ambiente (art. 149.1.23ª).