

Revista del Foro Canario

93

Las Palmas de Gran Canaria, 1996



*Revista del
Foro Canario*

LA EVOLUCIÓN RECIENTE DEL DOMINIO PÚBLICO: SU AFIRMACIÓN COMO TÍTULO DE POTESTAD*

ANDRÉS GONZÁLEZ SANFIEL

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA INEVITABLE DISCUSIÓN SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA: PROPIEDAD VERSUS TÍTULO DE POTESTAD.
 - 2.1. La explicación tradicional: el dominio público como propiedad especial o administrativa.
 - 2.2. La confirmación del dominio público como título de potestad.
 - 2.3. La reviviscencia del demanio natural en la doctrina del Tribunal Constitucional.
 - 2.4. La superación de posibles objeciones desde la perspectiva civilista.
 - 2.4.1. El *ius disponendi* es un elemento esencial de la propiedad.
 - 2.4.2. La accesión administrativa de bienes.

* Primer Premio Foro Canario, 1996, ex aequo.

III. LA AFECTACIÓN COMO CLAVE EN LA REGULACIÓN POR RAZÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

- 3.1. Un concepto integrador: la afectación a un fin constitucionalmente legítimo.
- 3.2. Puesta a prueba de la institución.
 - 3.2.1. El Patrimonio Histórico Artístico.
 - 3.2.2. El dominio público del espectro de frecuencias radioeléctricas.
 - 3.1. Un impreciso objeto demanial: las frecuencias radioeléctricas.
 - 3.2. El fin de utilidad pública determinante de su afectación.
 - 3.3. Su régimen jurídico: uso y protección.

IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Nuestra Carta magna ha reconocido naturaleza constitucional a la institución demanial (art. 132 CE), recogiendo elementos de claro abolengo histórico como la afectación y los principios de la indisponibilidad.

En uso de dicha previsión constitucional, el legislador, a medida que configuraba como *res extracommercium* una serie de bienes, restringía el ámbito de actuación de los particulares en relación a los mismos. Así sucedió con las aguas subterráneas, en los que fue derogado el régimen de propiedad especial presente en el Código Civil y la legislación decimonónica¹ de aguas para sustituirlo por el dominio público; lo mismo aconteció con la incorporación a esta institución de los bienes comunales, que dejó fuera de lugar la explicación tradicional de la propiedad compartida entre los vecinos y el municipio sobre estos bienes². Adicionalmente, en aplicación del propio texto constitucional que configura la zona marítimo-terrestre como un bien demanial, se puso fin a los enclaves privados en dicha zona, operando una *conversio tituli*, en virtud de la cual los propietarios (incluso los inscritos en el Registro y confirmados por sentencia firme) pasaban a ser concesionarios³.

El auge en la utilización de la técnica demanial reabre el debate sobre una de las discusiones clásicas de la institución: su naturaleza jurídica. En ellos, la tesis que explicaba el dominio público desde la perspectiva de la propiedad va perdiendo fuerza, tanto por efecto del texto constitucional, cuanto

- (1) El Título IV del Código Civil de 1889 se rubrica de “algunas propiedades especiales”, tratando en el Capítulo primero (arts. 407 a 425) de las aguas, regulación que estaba en relación con las leyes de aguas de 3 de agosto de 1866 y 13 de junio de 1879. Sobre la evolución histórica de nuestro Derecho de Aguas, *in totum* la magistral obra de GALLEGO ANABITARTE en colaboración con MENÉNDEZ REXACH y DÍAZ LEMA: *El Derecho de Aguas en España*, 2 vols., MOPU, Madrid, 1986; en particular, sobre la transformación del régimen de las aguas subterráneas *vid.* DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M.: *El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España*, Tecnos, Madrid, 1989.
- (2) Es un clásico sobre el tema la obra de NIETO GARCÍA, A.: *Bienes comunales*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964. A tenor de la demanialización de estos bienes por la legislación de régimen local la cuestión ha atraído de nuevo a la doctrina, *vid.* EMBID IRUJO, A.: *La defensa de los comunales (planteamientos generales a partir de la realidad aragonesa)*, Civitas, Madrid, 1993; COLOM PIAZUELO, E.: *Los bienes comunales en la legislación de régimen local*, Tecnos, Madrid, 1994.
- (3) Disposición transitoria primera de la Ley 22/88, de 28 de julio, de *Costas*. El TC entendió que la conversión de los títulos dominicales en concesiones por un plazo de sesenta años sin pago de canon alguno, era un equivalente del derecho que se privaba a sus anteriores titulares (STC 149/91, de 4 de julio, sobre la ley citada). Sobre el régimen transitorio de la referida ley cfr. LÓPEZ PELLICER, J.A.: “Los derechos adquiridos en zonas de demanio marítimo-terrestre ante la nueva Ley de Costas”, *REDA* n° 68, 1990, pp. 533 y ss.; sobre la figura de la *conversio tituli* *vid.* VILLAR PALASÍ, J.L.: *La intervención administrativa en la industria*, IEP, Madrid, 1964, pp. 254 a 256.

por la emergencia de nuevos argumentos que consolidan definitivamente a esta institución como un título de intervención.

Dentro de los distintos elementos que conforman el dominio público, sin duda es la afectación la que presenta mayores cambios. Ya no basta con una remisión a los criterios establecidos en el Código Civil (art. 339) para conocer los fines de interés general determinantes de un régimen jurídico exorbitante sobre los bienes, como se demostrará en las páginas que siguen. Tales criterios habrán de inducirse del propio texto constitucional, de tal modo que la afectación lo sea a cualquier fin constitucionalmente legítimo⁴.

Este nuevo entendimiento del elemento teleológico del dominio público permitirá, como también veremos, superar la situación de algunos bienes, como el patrimonio histórico-artístico, que se encontraba, en una zona de penumbra, a caballo entre su consideración demanial o como patrimonio especial.

Por último, el estudio del denominado dominio público del espacio radioeléctrico, no sólo permitirá confirmar varias de las hipótesis formuladas, sino también acreditará la virtualidad expansiva de esta institución, dando un paso más en la construcción del dominio público inmaterial.

II. LA INEVITABLE DISCUSIÓN SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA: PROPIEDAD PÚBLICA VERSUS TÍTULO DE POTESTAD

2.1. La explicación tradicional: el dominio público como propiedad especial o pública.

Se debe a HAURIOU la consideración del dominio público como las “*propiedades administrativas afectadas actualmente a la utilidad pública*”⁵. Esta noción pretendía superar las teorías dominantes durante todo el siglo XIX defendidas por PROUDHON y sus sucesores, que concebían el demanio como un poder de administración y policía derivado del título de soberanía, incompatible con cualquier idea de propiedad⁶. *El Decano de Toulouse*

(4) STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 14.

(5) HAURIOU, M.: *Précis Élémentaire de Droit administratif*, 3ª ed., París, 1933, pág. 285.

(6) Las tesis de PROUDHON se encuentran en su *Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, cuya primera edición es de 1833-1834, y la segunda realizada por DUMAY en 1843-1845 (citados por DENOYER, J.F.: *L'exploitation du domaine public*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1969, pp.18 a 20). No he podido consultar directamente dicha obra pero sí su *Traité de domaine de propriété ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé* editado en Bruselas en 1842, en cuyas páginas 305 y ss. el autor hace una síntesis de su concepción sobre el dominio público.

tuvo éxito en su propuesta y, a partir de su formulación, el dominio público se explicará como una nueva propiedad donde aparecerán una serie de modificaciones sobre el régimen de la propiedad ordinaria, unas que ensancharán sus facultades y otras que las disminuirán. Entre las primeras, se integrarán la afectación y la desafectación, el deslinde, los derechos de policía o los de concesión, mientras en las segundas estarán las típicas notas de la propiedad ordinaria como son el *usus*, *fructus* y el *abusus*⁷.

En 1921 esta teoría se introdujo en nuestro país de la mano de Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO en su conocido artículo “*Naturaleza jurídica del dominio público según Hauriou*”⁸. Desde ese momento, la teoría de la propiedad pública para explicar la naturaleza del dominio público es aceptada abrumadoramente por nuestra doctrina⁹, jurisprudencia¹⁰ e incluso la legislación.

- (7) HAURIOU, M.: *Précis de Droit Administratif et droit public général*, 5ª ed., París, 1903, pp. 598 y ss. Si bien este planteamiento se impondría con rotundidad, desde sus comienzos fue impugnado por DUGUIT para el cual, el régimen jurídico de la afectación pública y el de la propiedad son completamente diferentes. Para superar las discusiones sobre si el Estado tenía o no un derecho de propiedad o simplemente un derecho de policía o vigilancia, introduce la idea de *competencia*. Allí donde la dominialidad pública sea más acusada las normas que regulan la competencia de los agentes públicos serán más severas que donde esta dominialidad no sea tan acentuada. En esto consistiría la pretendida inalienabilidad del dominio público. La regla de la competencia se completa atribuyendo a las agentes públicos unos poderes particulares para reprimir los actos de los particulares que comprometan la afectación de la cosa (DUGUIT, L.: *Traité de Droit constitutionnel*, T. III, 3ª ed., París, 1930, pp. 368 y ss.).
- (8) FERNÁNDEZ DE VELASCO, R.: “Naturaleza jurídica del dominio público, según Hauriou. Aplicación de su doctrina a la legislación española”, *Revista de Derecho Privado*, T. VIII, 1921, pp. 232 a 238; del mismo autor “Sobre la incorporación al Código Civil español de la noción de dominio público”, *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, números 8-11, pp. 113 a 127.
- (9) En este sentido, entre otros, BALLBÉ PRUNES, M.: “Las reservas dominiales”, *RAP* nº 4, 1951, pp. 75 a 91; en un artículo precedente intitulado “Concepto de dominio público”, *Revista jurídica de Cataluña*, 1945, pp. 25 a 73, publicado más tarde en la NEJ SEIX, voz “Dominio público”, T. VII, Barcelona, 1955, pp. 772 a 792, el autor no se pronuncia sobre la naturaleza del dominio público y utiliza la noción de función pública como aglutinante de todos los criterios de afectación utilizados por el Código Civil; ÁLVAREZ-GENDÍN, S.: *El dominio público. Su naturaleza jurídica*, Bosch, Barcelona, 1956; GUAITA MORATELL, A.: “Le domaine public en Espagne”, *RISA*, Vol. XXII, 1956, nº 2, pp. 121 a 138, postura que matizará más adelante; GARRIDO FALLA, F.: “Sobre el régimen jurídico del dominio público”, en *Problemática de la Ciencia del Derecho. Estudios en homenaje al profesor Pi y Suñer*, Bosch, Barcelona, 1962, pp. 305 a 340; *idem*: *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, 10ª ed. (1ª ed. 1960), Tecnos, Madrid, 1992, pág. 411; GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Apuntes de Derecho Administrativo*, T. I, Madrid, 1981-1982, pp. 15 y ss.; SAINZ MORENO, F.: “Dominio publico, patrimonio del Estado y Patrimonio Nacional”, en *Comentario a las Leyes Políticas* dirigida por Oscar Alzaga Villaamil, T. X, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985, pp. 123 a 217.
- (10) El Tribunal Supremo ha dejado sentado que “*el dominio público, cualquiera que pueda ser la 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 del Cc*” (SSTS 17 de marzo de 1980, ponente: Enrique Medina Balmaseda, Aranzadi 2.201; 3 de diciembre de 1982, ponente: José María Ruiz-Jarabo Ferrán, Aranzadi 7.774; 15 de octubre de 1984, ponente: Vicente Marín Ruiz, Aranzadi 4.996).

2.2. La confirmación del dominio público como título de potestad.

Hace algunos años, VILLAR PALASÍ, refiriéndose a nuestro objeto de estudio, puso de relieve que la consideración de la propiedad como el máximo señorío imaginable en Derecho sobre las cosas “*fue lo que hizo que se utilizara tal idea para configurar en el Derecho administrativo el título más intenso de intervención*”¹¹. Sin embargo, todas aquellas doctrinas que explicaron el dominio público desde la perspectiva dominical, no valoraron el dato verdaderamente relevante que esa intervención más intensa venía a suponer, es decir, no tuvieron en cuenta el carácter de “*título causal de intervención*” a que responde la técnica demanial. Esto, unido, según el mismo autor, al diferente juego que la categoría jurídica de cosa alcanza en el Derecho civil y administrativo, originaron “*la cosificación del demanio como obscurecimiento del fin de intervención*”¹², que tuvo lugar en el período preconstitucional.

Después de la brecha abierta por VILLAR PALASÍ, un sector de la doctrina *iusadministrativista* ha profundizado en la construcción del dominio público desligado de la idea de propiedad para explicar el régimen jurídico demanial¹³. Con ello no se niega que las Administraciones Públicas puedan ser propietarias de bienes patrimoniales, sino se quiere resaltar que, una vez que esa propiedad se demanializa mediante el mecanismo de la afectación, dicha propiedad *per se* no explica el régimen jurídico del dominio público. La afectación provoca la conversión del título dominical de la Administración en un título demanial. Se puede decir que, en estos casos, la propiedad civil

(11) VILLAR PALASÍ, J.L.: *Apuntes de Derecho Administrativo. Dominio público*, T. X. Madrid, 1966-67, pág. 25.

(12) *Ibidem*, pág. 28; ídem: *La intervención administrativa en la industria*, *op. cit.*, pp. 137 a 206.

(13) En este sentido, sin ánimo exhaustivo, LEGUINA VILLA, J.: “Propiedad privada y servidumbre de uso público en las riberas del mar”, *RAP* n° 65, 1971, en especial, pág. 95; ARIÑO ORTIZ, G.: *La afectación de bienes al servicio público*, ENAP, Alcalá de Henares, 1973; PAREJO GAMIR, R., RODRÍGUEZ OLIVER, J.M.: *Lecciones de dominio público*, Madrid, 1975; GALLEGO ANABITARTE, A.: “Los cuadros del Museo del Prado. Reflexiones histórico dogmáticas-jurídicas con ocasión del artículo 132 (y 133.1) de la Constitución Española de 1978”, *Estudios en homenaje del profesor Mesa Moles*, Madrid, 1981, pp. 227 a 309; ídem: *El Derecho de Aguas en España*, *op. cit.*; CLIMENT BARBERÁ, J.: “Perspectivas de la titularidad de bienes de dominio público y la idea de competencia”, *Libro homenaje al profesor Juan Galván Escutiá*, Universidad de Valencia, 1980, pp. 119-138; PAREJO ALFONSO, L.: “Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general”, *RAP* n° 100-102, Vol. III, 1983, pp. 2.379-2.422; DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, JM: *La actividad...*, *op. cit.*, pp. 343 a 346; ESTEVE PARDO, J.: “Consideraciones sobre la afectación de bienes al servicio público a partir de las afectaciones a non domino”, *RAP* n° 113, 1987, pp. 181-213; VERGARA BLANCO, A.: “La teoría del dominio público: el estado de la cuestión”, *Revista de Derecho Privado* n° 114, 1988, pp. 27-58; MEILÁN GIL, J.L.: *La ordenación jurídica de las Autonomías*, *op. cit.*, pág. 112; MORILLO VELARDE, J.I.: *Dominio público*, Trivium, Madrid, 1992.

de las Administraciones permanece latente, en la medida que por el acto de la desafectación vuelve a cambiar el título y aparece aquella nuevamente; no obstante, durante la afectación no existe propiedad sino potestades que se agrupan en torno a un título genérico de potestad, el dominio público, y esto es lo que verdaderamente importa.

Lo dicho se refuerza cuando se destaca la importancia de los principios constitucionales inspiradores del régimen demanial. Su existencia debe valorarse, por supuesto, como un instrumento de defensa de la titularidad demanial, pero nunca debe olvidarse que *“se extiende en su sentido sustantivo a asegurar una ordenación racional y socialmente aceptable de su uso y disfrute”*¹⁴.

De este modo, el demanio consiste, fundamentalmente, en un régimen exorbitante de protección, en cuya virtud se atribuye a la Administración un haz de potestades para que, en línea con la concepción funcional de la potestad, se realice el fin público llamado a satisfacer, lo cual implica una obligación de actuar en favor del mismo¹⁵.

De este entendimiento del dominio público se derivan dos importantes efectos. En primer lugar, la imposibilidad de realizar cualquier acto o negocio jurídico privado que tenga como objeto bienes incorporados al dominio público, porque supondría una traslación a los particulares de unos poderes indisponibles para la Administración. Y, en segundo lugar, si el dominio público no es una propiedad —y no lo es— resulta comprensible que la Administración no pueda ceder un título (propiedad) del que carece, o constituir otros derechos limitados que tengan como presupuesto la existencia de aquél.

2.3. La reviviscencia del demanio natural en la doctrina del Tribunal Constitucional.

El dominio público no ha quedado exento de la depuración a que la Constitución ha sometido a todas las instituciones del Derecho preexistente. Ahora bien, su larga trayectoria histórica ha motivado que en dicha depuración reaparezcan elementos tradicionales cuyo valor se realza a la luz del nuevo texto constitucional, tales como la cualidad de *“res extracommercium”*

(14) STC 227/1988 de 29 de noviembre, FJ 11.

(15) Vid. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M.: *La actividad...*, op. cit., pág. 67. En un sentido similar al expuesto, PAREJO GAMIR y RODRÍGUEZ OLIVER definen el dominio público *“antes que un conjunto de bienes, lo que representa es un soporte jurídico de potestades; un título jurídico de intervención que lo que permite es que la Administración titular de esté en posición jurídica hábil para disciplinar las conductas de quienes utilicen las cosas calificadas como públicas, ordenándolas de acuerdo con las exigencias de los intereses generales”* (Lecciones de dominio público, op. cit., pág. 8).

de sus bienes o su indisponibilidad. En palabras del Tribunal Constitucional: *“la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico iure privato. El bien de dominio público es así ante todo res extracommercium...”*¹⁶.

Este pasaje jurisprudencial está en línea con las posiciones que habían mantenido las doctrinas decimonónicas sobre el dominio público. Plantea una clara alternativa a la concepción patrimonialista o propietaria que, de manera dominante, ha explicado la naturaleza de esta institución a lo largo del presente siglo, según la cual, el dominio público dejaría de ser una propiedad especial o administrativa para convertirse en una institución con sustantividad propia, en una forma de titularidad sometida a un régimen jurídico público¹⁷, tal como lo contempla nuestra Carta Magna.

Desde la perspectiva constitucional, el dominio público y la propiedad privada son dos formas de titularidad que no se reconducen al género común propiedad¹⁸. Aparecen como dos posiciones jurídicas activas claramente diferenciadas por las atribuciones de las que viene investido su titular: potestades en el demanio y facultades en la propiedad.

La ubicación sistemática de ambas instituciones en la Constitución denotan ya su distanciamiento. La propiedad privada se mueve dentro de los derechos de los ciudadanos (art. 33); el dominio público actúa como un instrumento al servicio de la Economía y la Hacienda (art. 132). Pero, además, la conformación legislativa de una y otra institución ha discurrido por caminos separados a lo largo del último siglo, lo que se ha reforzado en el periodo postconstitucional. La propiedad privada ha sufrido un proceso de constricción, por cuanto las facultades que se reconocen a su titular (por ej.: la pro-

(16) STC 227/1988, 29 de noviembre, FJ 14.

GALLEGO ANABITARTE comentando esta sentencia, y en concreto este fundamento jurídico, señala que *“es una confirmación plena del dominio público como jurisdicción, el dominio público no como propiedad, sino como, sencillamente, la declaración de que un bien está excluido del comercio, es un bien que no pertenece a nadie y por tanto lo que hay que hacer es protegerlo”* (“Concepto de dominio público hidráulico”, en *Ley de aguas: análisis de la jurisprudencia constitucional*, MAP (INAP), Madrid, 1990, pág. 35).

(17) Vid. MORILLO VELARDE, J.I.: *Dominio público*, op. cit. pág. 80.

(18) Los modernos estudios sobre la propiedad van en esta línea, vid. BARNES VÁZQUEZ, J.: *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 48-49 y 341 nota 74; LÓPEZ LÓPEZ, A.: *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 79 a 87; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H.: “Comentario al Título primero del Código Civil”, en la obra colectiva *Comentarios al Código Civil*, T.I., Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 936.

piedad agraria, del suelo...) se han configurado restrictivamente al mismo tiempo que se han limitado, todo ello justificado por la función social que ha de cumplir; sin embargo, el demanio se ha visto favorecido por una evolución expansiva justificada por la utilidad pública que representa¹⁹.

El artículo 132.1 CE, como es bien sabido, permite que por un acto legislativo se determine qué bienes van a quedar incorporados al dominio público estatal. La idea de que para la Constitución el dominio público no es una propiedad, tiene su reflejo en la recuperación de la vieja categoría del dominio público natural implícita en el artículo 132 de la CE y destacado por la jurisprudencia constitucional al separar las competencias normativas del Estado y las Comunidades autónomas. De este modo se reserva la potestad exclusiva de demanializar categorías genéricas de bienes al Estado, tanto por su competencia exclusiva en materia civil (art. 149.1.8a. CE), como por la función de garantizar la igualdad sustancial de todos los ciudadanos en el territorio nacional mediante el establecimiento de las condiciones básicas o posiciones jurídicas fundamentales (art. 149.1.1a. CE)²⁰. Sobre la base de esta

(19) La Constitución —señala FONT i LLOVET— “*ha atribuido, en realidad una suerte expansiva al dominio público que no acompaña, en cambio, a la propiedad privada*” (“La ordenación constitucional del dominio público”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, T.V., Civitas, Madrid, 1991, pág. 3931; artículo donde el autor entronca el dominio público con la cláusula del Estado social—pp. 3917 a 3942—).

(20) Cfr. STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 14. El texto del anteproyecto de la Constitución hacía expresa mención al “dominio público por su naturaleza” en el artículo 124.2, referencia que desapareció por una enmienda defendida por MEILAN GIL en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas esgrimiendo la tradición doctrinal del decano HAURIU y su doctrina del *metre carré* (Cfr. *Trabajos Parlamentarios de la Constitución Española*, T. II, edición preparada por SAINZ MORENO, Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1980, pp. 1467 y ss.). Sin embargo, no ha sido éste un argumento contundente para que se abandone definitivamente la referencia al demanio natural. Todo lo contrario, se ha reafirmado y reinterpretado apareciendo como un acto de predeterminación legal por el cual se demanializa el género de bienes que tiene unas características físicas o naturales similares.

La relevancia es tal que el Tribunal Constitucional lo ha utilizado como un argumento esencial en la delimitación del juego entre la ley estatal y autonómica, vedando a esta última la posibilidad de determinar un demanio público natural autonómico. En este sentido, también la incorporación al “dominio público estatal” de una serie de bienes fue una novedad que se introdujo por una enmienda del Grupo socialista en el Senado, ya que el texto del anteproyecto sólo utilizaba la expresión “dominio público” sin prejuzgar el legislador, estatal o autonómico, competente para determinar este tipo de demanio. En la doctrina algunos autores, con anterioridad a la sentencia sobre la Ley de Aguas, defendían la existencia de un dominio público natural de titularidad autonómica, como por ejemplo los montes. Vid. GUAITA MORATELL, A.: *Derecho administrativo. Aguas, montes, minas*, op. cit., pág. 27; SALA ARQUER, J.M.: “Comunidades Autónomas y dominio público”, Organización territorial del Estado (Comunidades Autónomas), T. IV, Dirección General de lo Contencioso del Estado, IEF Madrid, 1984, pp. 2.783-2.829. En general, sobre el dominio público natural, por todos vid. GUAITA MORATELL, A.: *Derecho Administrativo. Aguas, montes, minas*, 2ª ed. (1ª ed., 1982), Civitas, Madrid, 1986, pág. 18 y ss.; también la STC 227/1988, de 29 de noviembre, ponente LEGUINA VILLA, FJ 14.

distinción, tanto la jurisprudencia²¹ como la doctrina²² destacan las distintas consecuencias jurídicas que se derivan de uno u otro tipo de bienes.

Dos son las consecuencias más significativas entre las comúnmente estudiadas: las CCAA no pueden ser titulares del dominio público natural contemplado en la Constitución, aunque tengan competencias sobre el bien que puede ser objeto de demanialización, tema cuyo análisis excede del ámbito del presente trabajo²³. En segundo lugar, y lo que ahora interesa, la propia naturaleza del dominio público se ve afectada, puesto que en el dominio público natural no existe ningún atisbo de propiedad, mientras que el dominio público artificial o por afectación permite que una propiedad (bien patrimonial) se incorpore por el mecanismo de la afectación al demanio. Sólo en este último caso es donde podría hablarse de la existencia de una propiedad²⁴.

En resumen, para la Constitución, según ha establecido su más alto intérprete, *“el régimen demanial comporta la titularidad pública de los bienes*

(21) Estas tesis han sido asumidas por nuestro Tribunal Supremo y así, la STS de 31 de mayo de 1988 (ponente Francisco González Navarro, Aranzadi 4.060) ha destacado la distinción entre ambos tipos de dominio público cuando, por ejemplo, ha señalado que *“el llamado dominio público no es una unidad jurídica unitaria, hasta el punto que la doctrina hace tiempo que viene hablando de la “escala” del dominio público, precisamente para poner de manifiesto las diferencias entre unos y otros bienes de dominio público. Dominio público natural y dominio público artificial por ejemplo, ofrecen diferencias tan importantes que su tratamiento jurídico no es ni puede ser el mismo. Y la propia Constitución vigente se hace eco de esta realidad...”*.

(22) Es precisamente ese distinto tratamiento el que justifica la relevancia de este tipo de demanio al cual se asocian importantes consecuencias jurídicas. En efecto GARCÍA DE ENTERRÍA ha destacado cómo en relación a este dominio público sólo opera la des-afectación por lo que se ha denominado “degradación” de sus condiciones físicas *“Sobre la imprescriptibilidad del dominio público”*, en *Dos estudios sobre la usucapión en el Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1974, pág. 118 (existe una edición del año 1955). Por otro lado, este mismo autor ha destacado como el ejercicio del *interdictum propium* que no se somete a plazo alguno sólo debería predicarse para el dominio público natural (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 6ª ed., Civitas, Madrid, 1993, pág. 765).

(23) El Tribunal Constitucional ha dejado sentado que *“las normas que distribuyen competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre bienes de dominio público no prejuzgan necesariamente que la titularidad de los mismos corresponda a éste o aquéllas”*, reiterando a continuación que el artículo 132.2 no es en sí mismo una norma de distribución de competencias... lo que establece... es una reserva de ley...” (STC 227/88). Sobre los criterios de reparto de competencias en materia demanial *vid.* MUÑOZ MACHADO, S: *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, T.I, Civitas, Madrid, 1982, pp. 538 a 543, SALA ARQUER J.M.: “Comunidades Autónomas y dominio público”, *op. cit.*, en particular las pp. 2.817 a 2.823, MEILÁN GIL, J.L.: *La ordenación jurídica de las Autonomías*, *op. cit.*, pp. 111 a 115 y pp. 137 a 142. Una visión global sobre el régimen de distribución de competencias en relación a los recursos naturales en SÁNCHEZ BLANCO, A: “Distribución de competencias en materia de recursos naturales (aguas, minas, montes)”, en *Estudios sobre la Constitución española*, *op. cit.*, T. IV, pp. 3.567 a 3.669.

(24) STC 227/ 1988, 29 de noviembre, FJ 18.

sobre los que recae, pero sobre todo supone que tales bienes queden sujetos a reglas exorbitantes del Derecho privado²⁵”; por este motivo, lo relevante es “la potencialidad expansiva del dominio público como título de intervención²⁶”.

2.4. La superación de posibles objeciones desde la perspectiva civilista.

2.4.1. El “*ius disponendi*” es un elemento esencial de la propiedad.

SAINZ MORENO, en un documentado trabajo, se ha planteado la siguiente cuestión: si la facultad de disposición se integra en el contenido esencial del derecho de propiedad, no es posible reconducir el dominio público a ninguna forma de propiedad pero si, por contra, aquella facultad no forma parte de dicho contenido, no existiría ningún inconveniente en concebir el demanio como una forma especial de propiedad.

La conclusión a la que llega el autor citado es que se puede concebir una propiedad cuyo objeto resulte indisponible para su titular, por eso se inclina a favor de la segunda de las posiciones expuestas²⁷.

Los criterios que nos proporciona una consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional denotan otra realidad bien distinta. En efecto, tanto si se utiliza el criterio de la garantía de la *naturaleza jurídica*, como si se valora el de los *intereses jurídicamente protegidos*, la facultad de disposición se integra en el *contenido esencial* de los diferentes estatutos en que se diversifica la propiedad como institución²⁸.

Tal y como exige el primero de los criterios apuntados por el Alto Tribunal, se puede afirmar que la facultad de disposición, junto a las de uso y aprovechamiento, es una de las notas de reconocibilidad externa de la propiedad según la conciencia jurídica existente entre los especialistas del Derecho en un momento histórico determinado, sin cuya presencia quedaría desnaturalizada.

Conforme al segundo de los criterios se llega a la misma conclusión. El derecho de propiedad nace para otorgar un aprovechamiento económico a su

(25) STC 227/ 1988, 29 de noviembre, FJ 18.

(26) STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 4, A).

(27) SAINZ MORENO, F.: “Dominio público, patrimonio del Estado...”, *op. cit.*, pp. 162 y 163.

(28) *Vid.* STC 11/81, de 28 de abril, FJ 8º, relativa al derecho de huelga; STC 37/87, de 26 de marzo, FJ 1º, sobre la Ley de Reforma agraria andaluza; STC 149/91, de 4 de julio, FJ 8º A), sobre la Ley de Costas; para una aproximación general puede consultarse SANTA-MARÍA PASTOR, J.A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, T.I., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pág. 459-460 y la bibliografía allí citada.

titular, de modo que no se podría realizar si no se reconociese tal facultad, de esta forma, “*se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección*”.

Además, el derecho de propiedad es el presupuesto de otros derechos reconocidos constitucionalmente donde el *ius disponendi* está ínsito. Así sucede con el derecho a la herencia (33.1 CE) o a la libertad de empresa (38 CE). Ni el cambio en la titularidad en que *grosso modo* consiste la sucesión *mortis causa*²⁹, ni el intercambio económico que subyace en la libertad de empresa, podrían tener sentido si ese poder de disposición no formara parte de ese contenido intangible para el legislador. De existir una facultad que se pueda predicar del contenido esencial de las *propiedades*, esa es sin duda la facultad de disposición³⁰.

Los ejemplos de la propiedad histórico-artística o la agroforestal, nos ofrecerán una visión aproximada de cómo se ha configurado la facultad de disposición en algunas de las propiedades más fuertemente limitadas conforme a la función social que desempeñan³¹.

La Ley 16/85 de 25 de junio reguladora del Patrimonio Histórico español (LPHE), somete la transmisión de los bienes declarados de interés cultural o los inventariados a un conjunto de limitaciones, recogiendo quizá la concepción más restrictiva del *ius disponendi* que se haya realizado recientemente de una *propiedad vinculada*. La transmisión de estos bienes por actos *inter vivos* o *mortis causa* es objeto de inscripción en un Registro General dependiente de la Administración del Estado (art. 12 y 26.6.c LPHE); los propietarios de tales bienes deben *comunicar* a la Administración Pública correspondiente cualquier enajenación que pretendan realizar, declarando el precio y las condiciones en que se proponga aquélla, a efecto de que dichas Administraciones ejerzan su derecho de adquisición preferente mediante el tanteo o retracto sobre los mismos (art. 38 LPHE). Al propio tiempo, en

(29) La facultad de disposición en la herencia se ejerce a través de la capacidad de testar; en la sucesión “*ab intestato*”, a falta de voluntad expresa del causante, se ejerce del modo predeterminado por el legislador; y en aquellas vinculaciones que el Derecho establece, aunque se limite el poder de disposición, permanece en todo caso la transferencia de titularidad que caracteriza a toda disposición patrimonial.

(30) En este sentido LÓPEZ LÓPEZ, A.: *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, op. cit., págs. 138 y ss.; BARNES VÁZQUEZ, J.: *La propiedad constitucional*, op. cit., págs. 315 y ss.; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Libro homenaje al profesor García de Enterría*, T.II, Civitas, Madrid, 1991, pág. 1.263.

(31) Una referencia para conocer el régimen preconstitucional de las diversas propiedades vinculadas en AA.VV.: *La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos*, IEA, Madrid, 1976.

aquellos casos en que la transmisión del bien implique su exportación, se precisa la *autorización* expresa y previa del Estado (art. 5 LPHE). El grado de intervención es tal que, en algunos supuestos, los posibles adquirentes de dichos bienes están predeterminados por la ley, como sucede con los bienes muebles de interés cultural o inventariados pertenecientes a instituciones eclesiásticas, los cuales sólo pueden transmitirse a favor del Estado, entidades de Derecho público o a otras entidades eclesiásticas (art. 28 LPHE)³².

Con menores restricciones que la anterior, la Ley 4/89 de 27 de marzo sobre Conservación de los Espacios Naturales³³, también reconoce la facultad de disposición a los propietarios de las fincas agroforestales situadas en zonas declaradas espacios naturales, si bien sometida a la eventual utilización que haga la Administración del derecho de tanteo o retracto sobre dichas fincas (art. 10.3).

Con todo ello se pone de relieve que, incluso en aquellos casos donde el legislador postconstitucional ha llevado a cabo una regulación más restrictiva de la propiedad, la facultad de disposición siempre está presente en el contenido de los respectivos estatutos dominicales.

En conclusión, dado que el dominio público es por esencia indisponible, éste no puede considerarse como una clase de propiedad, por muy singular o matizada que resulte. Su configuración como título de potestad se erige como única alternativa viable.

2.4.2. *La accesión administrativa de bienes.*

En favor de la tesis de la propiedad, para defender al menos la idea de una “propiedad subyacente” o “latente” en los bienes de dominio público, se ha objetado que el reconocimiento de potestades administrativas sobre el demanio, por muy amplia que sea la mentalidad que se aplique, nunca podría explicar la apropiación por la Administración de los frutos surgidos en el demanio, los derechos que ejerce sobre el tesoro en él encontrado o la simple accesión de bienes al dominio público³⁴, expresiones civilistas que aparecen en el régimen del dominio público.

(32) Cfr. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.L.: *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español y la Ley de 25 de junio de 1985*, Civitas, Madrid, 1989, págs. 259 y ss.; BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, Civitas, Madrid, 1990, págs. 488 a 493 y 617 a 639.

(33) Cfr. la STC 102/95, de 26 de junio, que se pronunció sobre esta ley.

(34) DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ concibe el dominio público como un título de potestad, lo que no obsta para que también exista una propiedad pública que explicaría aquellas potestades que no pueden considerarse como exorbitantes, tales como la accesión de bienes al demanio, los frutos o los tesoros. De este modo, el Estado actuaría sobre el dominio público de dos maneras distintas. De una parte *ope imperii* en lo que respecta a las potestades de carácter exorbitantes. Y de otra parte actuaría *ope dominio* en aquello que no se explique desde la exorbitancia *La actividad de la Administración*, *op. cit.*, pp. 343 a 346). En el mismo sentido SAINZ MORENO, F.: “Dominio público, patrimonio del Estado y Patrimonio Nacional”, *op. cit.*, pág. 138.

Frente a ello cabe advertir que toda técnica jurídica en su formación puede recoger elementos dispersos de otras instituciones, incorporándolos como propios por un efecto reflejo, sin que esto afecte a la autonomía y sustantividad de la institución naciente, y sin que sea preciso acudir a la institución de referencia para explicar esas manifestaciones anecdóticas dentro del régimen demanial³⁵.

Derivar de la apropiación de los frutos, o de la accesión de los enramamientos aportados por una corriente de agua que existe una auténtica propiedad en el dominio público, es invertir los términos, dando un mayor peso a lo accesorio sobre lo principal, que viene constituido en este caso por la existencia de un título de potestad. Y adviértase que al igual que existe un deslinde administrativo que se regula por las leyes administrativas y no por las disposiciones del Código Civil, aunque guarden una semejanza por cuanto aquél se formó a imagen de éste, también se puede hablar de una accesión administrativa que no es la regulada en el capítulo II del libro II del Código Civil.

Un análisis no exhaustivo de la regulación que realiza el Cc de la accesión, demuestra que no se puede reconducir a la misma la accesión que se da en el dominio público. Por ejemplo, de las tres clases de frutos que prevé el artículo 354, frutos naturales, industriales o civiles, nunca podrían originarse estos últimos. En efecto, el Código los define como el alquiler de los edificios, el precio del arrendamiento de tierras y el importe de las rentas perpetuas, vitalicias u otras análogas. Estos frutos no se pueden originar en el dominio público, no porque se entienda que es improductivo, sino porque la inalienabilidad del demanio impide que se realicen los negocios jurídicos que actúan de causa para percibir tales frutos³⁶.

Por otra parte, si entendiéramos que el Estado es el propietario de lo edificado, plantado o sembrado por un tercero en el dominio público por aplicación del artículo 358 del Cc, y si quien lo edificó, plantó o sembró actúa de buena fe, siguiendo la lógica del Código, el Estado podría hacerse con la obra previo el pago de la correspondiente indemnización (art. 361 Cc). Ahora bien, si nos detenemos un momento observaremos que todas estas

(35) La búsqueda de esa independencia conceptual ha sido destacada por PAREJO ALFONSO al señalar que *"resulta diáfano que la posibilidad misma de una teoría general del dominio público como propia del Derecho administrativo tiene como presupuesto mismo la superación de su condicionamiento por las categorías jurídico-privadas nominalmente correlativas"* (*"Dominio público: un ensayo de reconstrucción..."*, op. cit., pág. 2.382).

(36) Las rentas derivadas de la utilización especial o privativa del dominio público se producen necesariamente en régimen de Derecho público, al considerarse dichos rendimientos como precios públicos de conformidad con el artículo 24.1, a) de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de *Tasas y Precios públicos*.

actuaciones son usos del dominio público que, en consecuencia, están sometidos a autorización y cuya omisión está tipificada como infracción administrativa. Si el particular está amparado por una autorización esos frutos ingresarán en su patrimonio y no en el del Estado. En el caso de que no exista esa autorización, el legislador no quiere que el Estado, previa indemnización, se haga con lo edificado, plantado o sembrado sino que, aparte de las sanciones que se impongan al particular por estas acciones, se le obliga a que restablezca la integridad del dominio público dañado por estos actos. Aquí no existe accesión sino una regulación administrativa que protege la integridad del demanio y que impone la potestad-deber de demoler lo indebidamente construido³⁷.

Asimismo, tampoco podría aplicarse la hipoteca de las accesiones naturales, a las mejoras, a los frutos pendientes y rentas no percibidas previstos en el artículo 1.877 Cc en la medida que, como en el caso anterior, la inalienabilidad del dominio impide este gravamen.

Las descritas son algunas muestras que ponen de relieve que la accesión a que aluden las leyes administrativas no se corresponde con la prevista en el Código Civil. Aquella tiene sus peculiaridades al igual que ocurre con el deslinde y amojonamiento administrativo.

Baste nuevamente la claridad de ideas de VILLAR PALASÍ para cerrar este apartado al afirmar que *“la idea del demanio viene siendo enfocada desde esa coseidad, sin parar mientes, absurdamente, en que es sólo una técnica funcional y no una cosa... el dominio público nació más bien, y pervive hoy, como una técnica jurídica eficaz, con un sentido plenamente funcional: construir un título de intervención administrativa plena”*³⁸. Palabras de plena vigencia en el régimen constitucional.

(37) Vid. los artículos 69, 108 d), 110 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.

(38) VILLAR PALASÍ, J.L.: *Derecho Administrativo. Introducción y Teoría de las Normas*, Universidad Complutense, Madrid, 1968, pág. 32.

III. LA AFECTACIÓN COMO CLAVE EN LA REGULACIÓN POR RAZÓN DEL DOMINIO PÚBLICO

3.1. Un concepto integrador: la afectación a un fin constitucionalmente legítimo.

La afectación es el *criterium esencial*³⁹ del dominio público, del cual derivan todas sus especialidades; de ahí que nuestro constituyente le haya otorgado junto con la indisponibilidad naturaleza constitucional⁴⁰. Supone el destino de un bien a un fin de utilidad pública definido explícita o implícitamente por el legislador. Estos fines, después de una larga evolución, se identificaron con el destino al uso público, al fomento de la riqueza nacional, al servicio público o a la defensa, tal y como quedaron recogidos en el artículo 339 de nuestro Código Civil; fines que fueron aglutinados bajo la conocida fórmula “afectación al uso o servicio público” recogida en la legislación administrativa⁴¹.

(39) GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “Sobre la imprescriptibilidad del dominio público”, en *Dos estudios...*, *op. cit.*, pág. 95. Lo que quiere señalarse es que “sin afectación no hay dominio público” (DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M.: *La actividad de la Administración*, *op. cit.*, pág. 348).

(40) En la doctrina española, aparte de las referencias contenidas en las obras generales sobre el tema, puede consultarse BALLBÉ PRUNES, M.: “Dominio público”, *op. cit.*, pp. 778 y ss.; GARCÍA-TREVIJANO FOS, J.A.: “Titularidad y afectación demanial en el ordenamiento jurídico español”, *RAP* n° 29, 1959, pp. 11 a 57; ALONSO-CORTÉS CONCEJO, A.: “La planificación en la mecánica de la afectación demanial”, *DA* n° 95, 1965, pp. 51 a 54; RIVERO YSERN, E.: “Las afectaciones y desafectaciones naturales de la zona marítimo-terrestre en el Derecho español”, en *Estudios en Homenaje al profesor López Rodó*, Vol. II, CSIC, Madrid, 1972, pp. 337 a 362; ARINO ORTIZ, G.: *La afectación de bienes al servicio público*, INAP, Madrid, 1973; CLIMENT BARBERÁ, J.: *La afectación de bienes al uso y servicio público*, Institución Alfonso el Magnánimo, Valencia, 1979; *idem*: “Perspectivas de la titularidad de bienes de dominio público y la idea de competencia”, en *Libro homenaje a Galván Escutiá*, Universidad de Valencia, 1980, pp. 119 a 138; SÁNCHEZ BLANCO, A.: *La afectación de bienes al dominio público*, *op. cit.*; SALA ARQUER, J.M.: *La desafectación de bienes al dominio público*, INAP, Madrid, 1980; ESTEVE PARDO, J.: “Consideraciones sobre la afectación de bienes al servicio público a partir de las llamadas afectaciones a non domino”, *RAP* n° 113, 1987, pp. 181 a 213. En cuanto a la indisponibilidad, la doctrina se ha ocupado de ellos en dos magistrales trabajos que, pese al lapso transcurrido, no han perdido su valor general como referencia obligada, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Dos estudios sobre la usucapión en el Derecho administrativo*, IEP, Madrid, 1955, reeditado en Tecnos en 1974; CLAVERO ARÉVALO, F.: “La inalienabilidad del dominio público”, *RAP* n° 25, 1958, pp. 11 a 84, convertido en una monografía publicada ese mismo año por el Instituto García Oviedo.

(41) Art. 1.1 de la LPE, a *sensu contrario*; art. 79.3 LBRL; art. 2.2 RBEL; art. 3 de la Ley 8/87, de 28 de abril, del *Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias*.

La afectación implica un aumento de la esfera de actuación pública por cuanto de ella deriva el reconocimiento a favor de la Administración de un título de gran cobertura y, de otra parte, convierte a los bienes afectados en *res extra commercium* y, en consecuencia, los sitúa fuera del tráfico jurídico privado. De este modo, la afectación no va a traer consigo un aumento de las propiedades administrativas sino un acrecentamiento de los bienes sobre los cuales la Administración asume una posición de garantía respecto a los fines que los mismos están llamados a satisfacer. Es una posición de tutela, de custodia, de guarda o vigilancia, de protección, de garantía en razón de dichos fines, nunca de propiedad.

Ahora bien, está claro que el Código Civil cuando recogió los criterios enunciados como determinantes de la demanialización, tan sólo realizó una fotografía de la institución en un momento histórico determinado. De ahí que con el andar de la institución dichos fines deben adecuarse a la nueva realidad donde se aplica, esto es, a la realidad constitucional. Porque, como se sabe, “*es la legalidad ordinaria la que debe ajustarse en su inteligencia y en su aplicación al orden constitucional*”⁴², y no al contrario. La cuestión ha sido puesta de relieve por nuestro Tribunal Constitucional al relacionar la afectación no con el Código Civil sino con la propia Constitución, destacando que la afectación lo puede ser a “*cualquier fin constitucionalmente legítimo*”⁴³. Esta doctrina, pensada para el demanio natural, también es de aplicación a los bienes singularmente afectados porque, aunque *prima facie* aparezcan afectados directamente a un “uso o servicio público”, indirectamente también se estará satisfaciendo un fin constitucionalmente legítimo⁴⁴.

Con ello, como ha destacado la doctrina, se pone de manifiesto la imposibilidad de conseguir un criterio totalmente objetivo de afectación⁴⁵, realidad consubstancial a la mutabilidad de los fines públicos llamados a satisfacer a través de esta técnica. Lo importante es que dichos fines se induzcan siempre de nuestra Constitución y que la técnica demanial sea proporcio-

(42) STC 22/1984, de 17 febrero, FJ 3º.

(43) STC 227/1988, 29 de noviembre, FJ 14. En esta misma línea PAREJO ALFONSO apunta cómo en el dominio público su “*consistencia viene dada no por relación a los bienes que en un momento dado lo sirven (le aportan el soporte instrumental), sino en función de los cometidos propios del poder público en los que se expresan las necesidades y las aspiraciones sociales (históricamente cambiantes y, por tanto, evolutivas); cometidos que dicho poder debe permanentemente cumplir...*” “Dominio público: un ensayo de reconstrucción...”, *op. cit.*, pág. 2.404).

(44) Si una calle, pongamos por caso, se afecta al uso público incorporándose al dominio público dicha incorporación sólo es legítima en cuanto el dominio público es un instrumento necesario para hacer efectivo el derecho a circular libremente por el territorio nacional, y así se podría seguir con todos los bienes demaniales singularmente afectados.

(45) MORILLO VELARDE, J.I.: *Dominio público*, *op. cit.*, pp. 107-108.

nal para la consecución de los mismos. Por tanto, sería conveniente que se tendiera hacia una mayor concreción de los fines a satisfacer a través de esta técnica cada vez que se haga uso de la misma. Es precisamente esa concreción del fin la que nos permite valorar mejor su correcta utilización.

La *publicatio* demanial entendida de este modo, nos puede permitir aclarar la naturaleza de algunos patrimonios públicos a caballo entre su consideración demanial o como un patrimonio *sui generis*, aunque —debe advertirse— también se corre el peligro de una hipertrofia demanial que desvirtúe la institución y la convierta en inservible. El equilibrio entre la adaptación de la institución a las nuevas realidades y el establecimiento de una frontera cuyo franqueo suponga la inutilidad de la institución no será tarea fácil.

3.2. Puesta a prueba de la institución.

3.2.1. *El Patrimonio Histórico Artístico.*

La regulación del Patrimonio Histórico Artístico Español (PHE), al que ya se ha hecho referencia, se enmarca en la línea descrita por el Tribunal Constitucional ⁴⁶. Nuestra Constitución impone a los poderes públicos el deber de promover y tutelar el acceso a la cultura (art. 44), removiendo todos aquellos obstáculos que pudieran impedirlo (art. 9.2), de forma que se configure *el servicio de la cultura como deber y atribución esencial* (149.2) ⁴⁷. Como una especificidad de ese mandato, aquéllos deberán garantizar la conservación y el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico (art. 46) y es que, como afirma nuestro Alto Tribunal, “*no hay duda de que estos bienes, por su naturaleza, forman parte de la cultura de un país y, por tanto, del genérico concepto constitucional de cultura*” ⁴⁸.

(46) Como muestra del interés que sigue suscitando el Patrimonio Histórico en la doctrina, por citar las monografías más recientes, *vid.* BENÍTEZ DE LUGO, F.: *El Patrimonio Cultural Español (Aspectos jurídicos, administrativos y fiscales)*, Comares, Granada, 1988; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.L.: *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español*, *op. cit.*; BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, *op. cit.*; ALONSO IBÁÑEZ, M.R.: *El Patrimonio Histórico. Destino público y valor cultural*, Civitas, Madrid, 1992; ALEGRE ÁVILA, J.M.: *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico Artístico*, dos tomos, Secretaría General Técnica del Ministerio de Cultura, Madrid, 1994; MARTÍN REBOLLO, L.M.: *El comercio del Arte y la Unión Europea*, Civitas, Cuadernos de Estudios Europeos, Madrid, 1994.

(47) Deben tenerse en cuenta también los títulos competenciales del Estado previstos en el artículo 149.1.28ª y los de las CCAA recogidos en el artículo 148.1 apartados 15ª, 16ª y 17ª. *Vid.* PÉREZ MORENO, A.: “El postulado constitucional de la promoción y conservación del Patrimonio Histórico Artístico” en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, *op. cit.*, T. II, pp. 1621 a 1641.

(48) STC 17/1991, de 31 de enero, FJ 2º.

En coherencia con estos fines constitucionales, el artículo 44 de la *Ley de Patrimonio Histórico Español* (LPHE) dispone que “*son de dominio público los objetos y restos materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquiera índole o por azar*”⁴⁹. Esta demanialización *ex lege* no puede reconducirse a la idea del dominio público como bien afecto al uso público y mucho menos a la idea de servicio público⁵⁰. Es una demanialización que tiene por objeto, en general, “*la protección, acrecentamiento y transmisión a las generaciones futuras*” de ese patrimonio, como así reconoce el artículo primero de la Ley.

El hecho de que todos los bienes integrantes del PHE cumplan con una “función constitucional de la cultura”⁵¹, no empece para que una parte de los mismos se integren en el régimen demanial por cumplir dicho destino. El mandato constitucional dirigido a todos los poderes públicos para que protejan dicho patrimonio, independientemente de su titularidad (46; 149.2 CE), no es sino un reflejo de otro principio constitucional, a saber: toda la riqueza de nuestro país en sus distintas formas está subordinada al interés general (128.1 CE), sin importar que esa riqueza sea económica, cultural o artística. Los poderes públicos, a fin de encauzar esa “riqueza cultural” a la satisfacción del interés de todos, pueden utilizar diversos medios: demanializar una parte, imponer limitaciones a la propiedad privada o establecer estímulos dentro de una política de fomento, entre otras. Toda esa riqueza cumple un mismo destino y esto no prejuzga ni su naturaleza ni su estatuto jurídico⁵².

(49) Una visión civilista del tema puede obtenerse en MOREU BALLONGA, J.L.: “Hallazgos de interés histórico, artístico y/o arqueológico”, *RAP* n° 132, 1993, pp. 171 a 208.

(50) En este sentido ALEGRE ÁVILA, J.M.: *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, op. cit., pág. 365; por otro lado, PARADA VÁZQUEZ señala en relación con estos bienes que “*cuando el titular del bien es un Ente público se reúnen los dos elementos decisivos para su calificación como bien demanial: el ya dicho de la titularidad, y la afectación a fines de servicio público*” (*Derecho Administrativo. III, Bienes públicos. Derecho Urbanístico*), 5ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 286).

(51) Vid. PRIETO DE PEDRO, J.: *Cultura, Culturas y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

(52) En la que constituye, y por largo tiempo será, la más completa monografía escrita sobre el Patrimonio Histórico Español, se manifiesta en contra ALEGRE ÁVILA, para el cual “*no estriba, pues, la afectación del dominio público arqueológico en el dato de la destinación de los “objetos y restos materiales” al servicio de la “función pública” de la cultura (en sentido amplio), pues dicha función es cumplida por todos los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español con independencia de su titularidad formal...*” *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, op. cit., T. II, pág. 365). De otro lado este mismo autor señala que la exclusión del tráfico jurídico privado de la riqueza arqueológica, supone relativizar la trascendencia del llamado elemento teleológico del dominio público, recordando a tal efecto los criterios establecidos en el Código Civil. Para ALEGRE ÁVILA la afectación a una función pública de los hallazgos arqueológicos, “es jus-

Está presente, en definitiva, la idea del dominio público como régimen jurídico especial de protección sobre unos bienes que en nada persigue la configuración de una propiedad a favor del Estado sobre los mismos. De unos bienes que, “*por estar dotados de singulares características, resultan portadores de unos valores que les hacen acreedores a especial consideración y protección en cuanto dichos valores (y hasta los mismos bienes) son patrimonio cultural de todos los españoles e incluso de la Comunidad Internacional por constituir una aportación a la cultural universal*”⁵³.

Hay que tener presente que no todos los bienes del Patrimonio Histórico Español se integran en el demanio. Dentro de ese conjunto de bienes conviven la titularidad pública y privada sobre los mismos y, a su vez, no todos los bienes de titularidad pública tienen naturaleza demanial⁵⁴. Este título de potestad sólo aparece cuando el legislador considera que la *protección* de

(...) *tamente ésa: impedir que su titularidad pueda atribuirse ex artículo 351 CC a los particulares...*” (*op. cit.*, pág. 365). Sin embargo, tales consideraciones no son acertadas, a mi juicio. De una parte, no se produce tal relativización del elemento teleológico en sí mismo sino de los criterios determinantes de la demanialidad previstos en el Código Civil. Tal y como expuso nuestro Alto Tribunal, y así se recoge en el texto, la afectación puede ser a cualquier fin constitucionalmente legítimo. Esto implica que la afectación siga jugando un papel protagonista en esta institución. Sucede que hoy no puede reconducirse la institución demanial exclusivamente a los criterios establecidos en el citado Código. En la actualidad la explicación de cualquier institución pasa por el filtro de nuestra Carta Magna. El legislador es libre, dentro del marco constitucional, de dar un nuevo contenido a una determinada institución provocando de este modo un cambio respecto a su anterior configuración legal, tal y como ha sucedido con la propiedad. A la luz de nuestra Constitución se puede producir la demanialización de un bien por su afectación a fines distintos de los establecidos en nuestro Código Civil. De otra parte, ALEGRE ÁVILA confunde la afectación con el efecto o consecuencia que ésta produce. La afectación no es, como mantiene este autor, impedir que los particulares se apropien del bien. Éste es su efecto y no la afectación misma.

(53) STC 17/91, de 31 de enero, FJ 2º.

(54) Con anterioridad a la LPHE un sector de la doctrina se manifestaba a favor del carácter demanial de los bienes de titularidad pública integrantes del PHE, tales como ROCA ROCA, E: *El Patrimonio Artístico y Cultural*, IEAL, Madrid, 1976, pág. 28; SÁNCHEZ BLANCO, A.: *La afectación...*, *op. cit.*, pp. 287 y ss.; en el caso concreto de los cuadros del Museo del Prado, GALLEGU ANABITARTE, A.: “Los cuadros del Museo del Prado...”, *op. cit.*, pp. 227 a 309, en concreto, pp. 229 y 309, donde se pone de relieve cómo a lo largo de su historia sus cuadros han recibido todas las calificaciones jurídicas sobre las cosas conocidas en el Derecho público.

En la actualidad la doctrina se mueve entre la prudencia de no calificar expresamente dichos bienes, aunque matizando que su régimen se aproxima a los bienes de dominio público (BASSOLS COMA, M.: “El patrimonio histórico español: Aspectos de su régimen jurídico”, *RAP* n° 114, 1987, pág. 105), y un cierto escepticismo sobre su virtualidad, de modo que la calificación demanial sea insuficiente (ALEGRE ÁVILA, J.M.: *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, *op. cit.*, T. I, pp. 612 y ss.) o intranscendente el recurso a la categoría del dominio público para explicar el régimen de los bienes de titularidad pública integrantes en el PHE (BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, *op. cit.*, pág. 384).

estos bienes no es posible por otras vías. El diferente trato que reciben los bienes inmuebles y muebles en la LPHE es un claro ejemplo de lo dicho.

En el caso de los bienes inmuebles, la ley afecta por igual a los de titularidad pública o privada, sin que se prohíba su enajenación. Su protección se consigue a través de una serie de normas urbanísticas que imponen diversas limitaciones y prohibiciones a los titulares de tales bienes. La declaración de dominio público en este punto es innecesaria, e incluso podría ser hasta perjudicial, por cuanto podría actuar como desincentivo de las inversiones necesarias para que tales bienes estén en perfecto estado. La solución arbitrada por el legislador ha sido configurar una propiedad vinculada a la satisfacción de un fin público, que permita su tráfico *inter privato*, y no la aplicación del demanio que no lo permitiría. Lo dicho es sin perjuicio de que si estos bienes se afectan a los servicios administrativos del Estado adquieran la condición de demaniales⁵⁵, aunque esta demanialidad no derivaría de su condición como bien del PHE sino del hecho de su afectación a un servicio.

Sin embargo, en los bienes muebles se hace una utilización instrumental o *táctica* del dominio público, aunque formalmente no se declaren como tales. De una parte se dispone la inalienabilidad e imprescriptibilidad de los bienes muebles de titularidad de las Administraciones Públicas (art. 28. 1 y 2 LPHE). De otra parte, los bienes muebles que los particulares exporten sin autorización se declaran de *pertenencia* del Estado y se convierten en inalienables e imprescriptibles, a los efectos de que la Administración los recupere (art. 29.1 y 2 LPHE)⁵⁶. Con esta *publicatio* implícita se utiliza tácticamente la institución demanial, por cuanto lo único que se persigue es reconocer un apoderamiento a la Administración, un título de intervención para conseguir que unos especiales bienes sean traídos de nuevo a nuestro país.

No constituye un obstáculo a su consideración como demaniales la posibilidad de transmisión de dichos bienes entre Administraciones Públicas, ya que estos constituyen supuestos de *mutaciones demaniales subjetivas* (art. 28.2 LPHE)⁵⁷. Tampoco es argumento en contra señalar que todos los bienes integrantes del PHE cumplen con la misma afectación o que las notas de la inalienabilidad o imprescriptibilidad no sean exclusivas del régimen demanial. Si unimos todos los elementos que concurren en este caso, es decir, titu-

(55) Art. 1.1 de la Ley de Patrimonio del Estado, Texto articulado aprobado por Decreto 1.022/1964, de 15 de abril.

(56) Hay que tener en cuenta que al encontrarse estos bienes fuera de la jurisdicción del Estado, su reintegro a nuestro país necesita de la colaboración de los Estados a donde se hayan exportado ilegalmente tales bienes, lo que exige una disciplina internacional de la materia, tal y como prevé la Disposición adicional sexta de la LPHE.

(57) Sobre la mutación demanial *vid.* CLIMENT BARBERÁ, J.: *La afectación de bienes al uso y servicio público*, *op. cit.*, pp. 60 a 65.

laridad pública, afectación y un régimen jurídico exorbitante de protección, la balanza se decanta en favor de su incorporación al dominio público⁵⁸.

Asimismo, la protección de los fines que tales bienes cumplen es tal, que el legislador ha establecido una *publicatio ad cautelam* sobre todos los restos arqueológicos que sean descubiertos (art. 44 LPHE). De este modo se sitúan *extra commercium* unos bienes antes incluso de que sean conocidos, impidiendo así su apropiación por los particulares, con el consiguiente ahorro para el erario público del eventual justiprecio que debiera pagarse por su adquisición si fuese de aplicación el artículo 351 Cc, exceptuado expresamente para este supuesto.

Algunos bienes inmuebles, objeto paradigmático del régimen demanial, quedan fuera de ese régimen exorbitante de protección, mientras que los bienes muebles, objetos que en algunos casos pueden llevarse en los bolsillos de un pantalón, reciben un *plus* de protección respecto a su ya protectora consideración como PHE. El dominio público se amolda así al objeto sobre el que recae esa protección especial. La escala de la dominialidad de DUGUIT aparece nuevamente para recordarnos las especialidades del dominio público.

3.2.2. *El dominio público del espectro de frecuencias radioeléctricas.*

El legislador ha utilizado dos de los títulos más intensos para reducir el papel de los particulares en las telecomunicaciones: el dominio y el servicio público. Ambas técnicas han sido objeto de crítica pero, al mismo tiempo, se encuentran asentadas en nuestro ordenamiento y corresponde tratar de explicarlas. Centramos nuestra atención, por la naturaleza de este estudio, en aproximarnos al denominado dominio público radioeléctrico, reconocido en el artículo 7 de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (LOT) y desarrollado por el RD 844/1989, de 7 de julio, por el que se regula la utilización de dicho dominio⁵⁹.

(58) En contra BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, op. cit., pp. 378 y ss.

(59) Dentro de la vertiente del servicio público la doctrina le ha dedicado una atención especial a la televisión, vid. GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Televisión pública y televisión privada*, Civitas, Madrid, 1982; ESTEVE PARDO, J.: *Régimen jurídico-administrativo de la televisión*, INAP Madrid, 1984; ARIÑO ORTIZ, G.: *El proyecto de ley sobre televisión privada*, IEE, Madrid, 1987; CHINCHILLA MARÍN, C.: *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Tecnos Madrid, 1988; J. BASTIDA, F.: *La libertad de antena. El derecho a crear televisión*, Ariel Derecho, Barcelona, 1990; GARCÍA LLOVET, E.: *El régimen jurídico de la radiodifusión*, Marcial Pons, Madrid, 1991; MUÑOZ MACHADO, S.: *Público y privado en el mercado europeo de la televisión*, Civitas, Madrid, 1993; LAGUNA DE PAZ, J.C.: *Régimen jurídico de la televisión privada*, Marcial Pons, Madrid, 1994; GAY FUENTES, C.: *La televisión ante el Derecho internacional y comunitario*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

3.1. Un impreciso objeto demanial: las frecuencias radioeléctricas.

Uno de los principales problemas con el que se enfrenta el demanio hertziano es definir el objeto sobre el que se proyecta el poder de administración y tutela en que consiste el dominio público.

La primera posición que se mantuvo fue considerar que ese bien era el aire o espacio atmosférico, al considerarse que éste era el medio por el cual se propagaban las ondas. Éste fue el argumento utilizado por nuestro Tribunal Constitucional que consideró este bien como parte integrante del dominio público, tesis que utilizó con posterioridad el legislador para positivizar este dominio⁶⁰. Las objeciones que se opusieron a dicho planteamiento fueron fundamentalmente de dos tipos. Una material, argumentando que el aire era una *res communes omnium* insusceptible de apropiación y sometida a múltiples usos que en nada tenían que ver con la propagación de las ondas. El otro de carácter formal, ya que no existía ninguna ley que otorgara naturaleza demanial a dicho bien, tal y como exigía el artículo 132 de la CE⁶¹.

La LOT permite albergar a su vez otra interpretación que configuraría el espacio hertziano como algo con sustantividad propia, distinto al espacio atmosférico, cuando define dicho dominio como el espacio por el que pueden propagarse las ondas radioeléctricas (anexo nº 13 de la ley). Sigue siendo una posición parcial que hace del espacio, aunque sea especial, un medio imprescindible para la propagación de las ondas.

(60) La STC 12/1982, de 31 de marzo, FJ 3º, estableció que “no es sólo el carácter de los bienes de necesaria utilización (que ofrecen posibilidades limitadas de uso) lo que determina una limitación del derecho implícitamente reconocido en el artículo 20 de la Constitución de crear los soportes de comunicación libre que el citado precepto garantiza. Hay otras circunstancias que conducen a un resultado semejante como son la articulación jurídica del goce de tales bienes y los problemas técnicos que plantea. Entre estos últimos hay que colocar el hecho de que la emisión mediante ondas radioeléctricas que se expanden a través del espacio entraña la utilización de un bien que ha de ser calificado como de dominio público, con una calificación por nadie contradicha”. En la doctrina, a favor del espacio como bien demanial SÁNCHEZ BLANCO, A.: *La afectación...*, op. cit., pág. 159 y ss.; GARRIDO FALLA, F.: *Tratado...*, op. cit., pp. 443-444.

(61) Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Televisión pública y televisión privada*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 287 y ss.; ARINO ORTIZ, G.: *El proyecto de ley sobre televisión privada*, op. cit., pp. 105 y ss.; a favor, aun sin ser el objeto principal de su estudio, GALLEGO ANABITARTE, A.: *El Derecho de Aguas en España*, vol. I, op. cit., pág. 364. En Francia el artículo 10 de la ley de 17 de enero de 1989 también utiliza la técnica demanial para ordenar la utilización de las frecuencias, dando lugar al igual que en nuestro país a un debate sobre esta cuestión. La propia rúbrica de uno de los apartados de un artículo que se dedica a este tema ilustra bastante bien esta controversia: “Les ondes appartenent-elles au domaine public?”, por Beltrand DELCROS y Didier TRUCHET, en “La nouvelle réforme du droit de la communication audiovisuelle: la loi du 17 de janvier 1989”, *Revue Française de Droit Administratif*, 1989, pp. 251 a 258.

Cuando se comprueba técnicamente que el espacio no es el único medio utilizado para la propagación de las ondas, surgen nuevos argumentos para determinar el objeto demanial. Así se afirma que el objeto de afectación son las ondas hertzianas, ya que al ser éstas un tipo de energía pueden tener la consideración jurídica de bien, tal y como sucede con la energía eléctrica⁶². Sin embargo, lo decisivo no es determinar si la energía electromagnética es un bien, sino si ese bien es el objeto de afectación demanial, o en otros términos, si sobre esa energía se proyectan los poderes de administración y tutela de la Administración.

La Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) pone bajo la responsabilidad de los Estados la administración y tutela de las frecuencias o bandas de frecuencias, al considerarse que éstas son limitadas o escasas. Lo que justifica la presencia del poder público es precisamente la administración de ese “bien” escaso. En este sentido el artículo 33.2 del Convenio Internacional de Telecomunicaciones de Torremolinos del año 1983, le otorga a las frecuencias una autonomía propia considerándolas como recursos naturales escasos al disponer que “en la utilización de las bandas de frecuencias para las radiocomunicaciones especiales, los miembros tendrán en cuenta que *las frecuencias y la órbita de los satélites geoestacionarios son recursos naturales limitados* que deben utilizarse de forma eficaz y económica para permitir el acceso equitativo de países...”. El objeto del dominio público, en este supuesto, serían por tanto dichas frecuencias.

El obstáculo que se presenta es determinar si las mismas pueden considerarse como un bien en sentido jurídico. Si partiéramos de la existencia dentro del Derecho administrativo de un concepto de “cosa pública” independiente y autónomo del que opera en el Derecho civil, tal y como ha mantenido un sector de la doctrina, la solución sería sencilla, por cuanto desde el propio Derecho administrativo se podría admitir que las frecuencias tendrían la consideración de “cosa pública” y, en su virtud, podrían ser objeto de afectación demanial⁶³. Sin embargo, no es preciso llegar a este extremo, ya que se puede considerar a las frecuencias como “bienes” desde una perspectiva civilista. En efecto, el Derecho Civil ha elaborado con los años una noción de bien espiritualizada que no se asocia necesariamente con la idea de cosa corpórea. En este sentido, la “cosa” en un sentido jurídico se ha definido como *“toda entidad, material o inmaterial, que tenga una existencia autó-*

(62) CHINCHILLA MARÍN, C.: *La radiotelevisión...*, op. cit., pp. 118 y ss.

(63) En nuestra doctrina se han manifestado a favor de la teoría de la “cosa pública”, VILLAR PALASÍ, J.L.: *Apuntes de Derecho administrativo*, op. cit. pp. 23 a 25; PAREJO GAMIR, R., RODRÍGUEZ OLIVER, J.M.: *Lecciones de dominio público*, op. cit., pp. 7 y ss.; PAREJO ALFONSO, L.: “Dominio público...”, op. cit., pp. 2.393 y ss.

noma y pueda ser sometida al poder de las personas como medio para satisfacerles una utilidad, generalmente económica”⁶⁴.

Las frecuencias radioeléctricas encajan en la definición expuesta. Serían una entidad inmaterial, por cuanto no son perceptibles por los sentidos. Tienen una existencia autónoma, en la medida que la UIT atribuye a cada Estado la administración de las mismas en el seno de su territorio, realidad que se concreta en el Plan Nacional de atribución de frecuencias. Si no existieran no se podría disciplinar su utilización, ni protegerlas de las interferencias que pudieran ocasionarse. Esto demuestra a su vez que se someten al poder de una persona, que otorga títulos de utilización de las mismas, que tutela su correcto uso evitando las interferencias, imponiendo sanciones por su utilización sin título o su incorrecta utilización. En fin, a través de las mismas se consigue un beneficio, en la medida que, por ejemplo, las empresas que actúan en el sector sin la atribución de una determinada frecuencia no podrían realizar su actividad y, en consecuencia, obtener el beneficio económico que se deriva de la misma. Lo dicho nos lleva a considerar a las frecuencias como un bien en sentido jurídico. Cuestión distinta es buscar cuál es el fin de utilidad pública al que estarían afectas, requisito que adelantamos también se cumple, tema que abordaremos en el apartado siguiente.

El dominio público de las frecuencias supone una etapa nueva dentro del desarrollo de la institución, y dentro de la misma del denominado dominio público inmaterial⁶⁵. Como todo cambio en la inteligencia de la institución, son comprensibles las posibles reticencias a su plena aceptación. Entre ellas pueden señalarse el origen del régimen jurídico demanial pensado fundamentalmente para los bienes inmuebles. El hecho de que no exista una elaboración del dominio público inmaterial y éste no goce de una gran aceptación⁶⁶. En fin, lo más importante, la posible incidencia de este nuevo dominio sobre las actividades desarrolladas por el mismo en un sector donde se reconoce un derecho fundamental.

Las críticas recibidas por el dominio público de las frecuencias, no sólo se han limitado a su objeto sino también a la técnica demanial misma. Algunos autores consideran que este dominio público no es respetuoso con el derecho fundamental a difundir y recibir información por cualquier medio consagrado en nuestra Constitución. Así, estos autores, estiman que

(64) CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral. Introducción y parte general*, T.I, vol.II, 12ª ed., Reus, S.A., Madrid, 1978, pág. 563.

(65) Vid. Díez Pícazo, L.M.: “Breves reflexiones sobre el objeto del demanio”: los *iura in re aliena*, REDA nº 35, 1982, pp. 651 y ss.

(66) Así se manifiestan Garrido Falla, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, op. cit., pp. 415-416; Morillo Velarde, J.I.: *Dominio público*, op. cit., pp. 108 y ss.

la técnica correcta a utilizar sería la policía administrativa, que a través de la autorización operativa disciplinaría la utilización de las frecuencias⁶⁷. La solución, en principio, más acorde con el respeto a los derechos fundamentales, sólo pone el acento, sin embargo, en la actividad que se desarrolle por medio de dichas frecuencias, pero no explica la utilización de las mismas a las cuales hemos considerado como bienes. El debate nos llevaría no tanto a considerar si las referidas frecuencias son o no un bien de dominio público, sino a si la actividad que se desarrolla en las mismas debe considerarse como un servicio público. Si partimos de la autonomía conceptual de ambas técnicas, el régimen jurídico que disciplina la utilización de las mismas no prejuzga la naturaleza de las actividades que se desarrollen en ellas. Por ello considero que la técnica de la policía administrativa no es incompatible con la naturaleza demanial del bien. La primera disciplina las actividades que se desarrollan en las frecuencias; la segunda, la utilización del bien mismo. La policía administrativa no explica por sí sola esta segunda vertiente de la cuestión.

De este modo, en el ámbito de las telecomunicaciones van a estar presentes dos facetas. La primera, la incidencia sobre los bienes (frecuencias). La segunda, la repercusión sobre las actividades, donde la técnica más correcta con los derechos fundamentales sería la policía administrativa y no la del servicio público, o mejor dicho, la concepción regalística del servicio público consagrada por el legislador en este sector, cuestión cuyo tratamiento excede del ámbito del presente estudio.

Admitido que las frecuencias consideradas como bienes en sentido jurídico puedan formar parte del dominio público inmaterial, se plantea el problema de que este dominio se convierta en un obstáculo para la realización de un derecho fundamental como es el recibir y emitir información por cualquier medio. El problema se hará más evidente a medida que se avance en el proceso de liberalización de las telecomunicaciones, porque ante la inexistencia de un título que impida la prestación de una actividad libremente, como así sucede con el servicio público, el único argumento que aparece es la inexistencia de un derecho preexistente a la utilización especial o privativa del dominio público. Ante esta posible colisión de derechos, está claro que la balanza debe decantarse por el pleno desarrollo del derecho fundamental. La justificación de este dominio público se encuentra en la medida que sea un instrumento adecuado para salvar los obstáculos que impidan su pleno desarrollo, en definitiva, conseguir una ordenación racio-

(67) *Vid.* las mismas referencias que se hicieron de aquellos autores que criticaban que se demanializara el aire.

nal y adecuada de un bien escaso para dar plena efectividad a dicho derecho fundamental⁶⁸.

Sin embargo, ninguna de estas reservas supone un obstáculo insalvable para el estudio y análisis de una realidad legislativa que ha querido incorporar este bien al dominio público. Debe recordarse que el dominio público históricamente ha pasado por diversos episodios. De los bienes inmuebles, punto de partida en su evolución, dio paso a los bienes muebles; de los bienes de uso público pasó a los bienes reservados (v. gr. las minas); después al servicio público; y por último, del dominio público corporal al demanio inmaterial.

En todos estos cambios siempre hubo pretendidas crisis de una institución que sólo demostraba su *vis* expansiva, cambios en definitiva que con el tiempo se han asentado y asumido. Por otro lado, como se sabe, pese a la existencia de una doctrina general del dominio público, ésta no tiene operatividad si no se conoce el régimen concreto diseñado para cada bien porque, al igual de lo que acontece con el servicio público, no existe un régimen estructural válido para todos los bienes integrantes del dominio público. La escala de la demanialidad es una realidad incontestable aún hoy.

Por ello el dominio público de las frecuencias tendrá que adaptar las reglas generales del dominio público a sus propias peculiaridades, aunque si analizamos su régimen jurídico se observa que no existen grandes dificultades para amoldar el marco general de la institución (afectación, indisponibilidad, uso...) a este concreto bien.

3.2. El fin de utilidad pública determinante de su afectación.

La ordenación jurídica de la utilización de las frecuencias debe estar presidida por el hecho de que nuestra Constitución reconoce el derecho a emitir y recibir información por cualquier medio. Éste es el principal fin constitucionalmente legítimo de afectación de las frecuencias radioeléctricas, es decir, ser un instrumento que garantice el ejercicio de dicho derecho fundamental, lo cual se une con el deber impuesto a los poderes públicos de

(68) El tema lo ha visto muy bien BASTIDA cuando afirma que "*La reserva al Estado de la actividad televisiva y del dominio sobre el espectro de ondas y frecuencias radioeléctricas son medidas clásicas de este tipo. Su legitimidad está condicionada a que con ellas se persiga y se consiga la ordenación del ejercicio de la libertad, previsiblemente caótico sin la intervención del poder público...*" (J. BASTIDA, F.: *La libertad de antena...*, op. cit., pág. 138). Este autor, siguiendo la doctrina anglosajona, propone tratar a dicho dominio como un foro público (*ibídem*, pp. 169 y ss.).

remover todos los obstáculos que impidan que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas. Además, a partir de aquel derecho, puede canalizarse la realización de otros, como la promoción de la cultura, prevención de la salud, protección de la infancia y la familia, etc., fines que coadyuven a formar un dominio público de afectación múltiple.

Ante la escasez de las frecuencias y en la medida en que la efectividad de algunos derechos fundamentales dependa de su utilización, la técnica demanial aparece, en principio, como un instrumento razonable para “*asegurar una ordenación racional y socialmente aceptable de su uso y disfrute*”⁽⁶⁹⁾. La consideración como un bien de las frecuencias más su vinculación a la realización de una diversidad de fines constitucionales, permiten considerar como correcta la incorporación legislativa de estos bienes en el dominio público. Ahora bien, tal y como señalamos, la afectación demanial debe ser proporcional a la consecución de los fines de utilidad pública que pretende satisfacer. Es precisamente esa situación de escasez la que justifica la incorporación de las frecuencias al dominio público, de tal modo que “*las restricciones impuestas ya no podrán ser siempre fundadas en consideración al número de frecuencias y canales disponibles*”, tal y como señaló el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Auto *Informationsverein Lentia*)⁽⁷⁰⁾. Lo dicho evoca la idea de monopolio natural tantas veces utilizado para justificar la presencia del poder público.

Esta realidad evidencia que no se pueda explicar la afectación de estos bienes acudiendo a una simple referencia a su afectación a un servicio público⁽⁷¹⁾, porque, independientemente de que una parte del espectro de frecuencias cumpla este fin, no toda la utilización de éste está subordinada al servicio público. Es decir, este criterio no explicaría la afectación del resto de frecuencias que no se utilizan con tal finalidad y que también tienen naturaleza demanial. Así se reconoce por nuestro Alto Tribunal al señalar que el dominio público “*es susceptible de distintos usos para otro tipo de comunicaciones que se efectúan también mediante ondas radioeléctricas y distintas de la radio-difusión; razón por la cual es menester una ordenación unitaria del problema mediante la asignación de frecuencias y potencias para cada uno de los usos,*

(69) STC 227/1988 de 29 de noviembre, FJ 11.

(70) Citado en la STC 127/94, de 5 de mayo, FJ 6º.

(71) A favor del servicio público como criterio determinante de la demanialidad en este caso CHINCHILLA MARÍN, C.: *La radiotelevisión...*, op. cit., pp.135-136; 139. La postura de esta autora es un tanto contradictoria ya que si bien admite que el dominio público opera como un título de intervención declara con anterioridad que “*se trata de un bien que el Estado no tiene que adquirir porque al estar originaria, necesaria y naturalmente destinado a un servicio público estatal le pertenece sin más*” (ibídem, pág. 139, subrayado no original).

en cumplimiento de la disciplina internacional del tema, así como la previsión de otros problemas como, v. gr., puede ser la evitación de interferencias”⁷².

El dominio público del espectro radioeléctrico adquiere sentido cuando el servicio público de la radiodifusión entra en crisis. De una parte porque, como ya se ha apuntado, no todos los usos de las frecuencias son de radiodifusión, existiendo usos privativos abundantes (Retevisión, Moviline, Airtel...), e incluso usos especiales (v. gr. la denominada banda civil). Y, por otra parte, porque el servicio público de la radiodifusión está tratando de precisar su objeto, que no puede ser el simple acto de emitir una señal sino la aportación de alguna prestación vital a terceros. En esta situación, el uso de la frecuencia requiere una autorización autónoma derivada precisamente de la demanialización del espectro.

Si bien en el proceso de formación del servicio público éste tomó elementos del dominio público, en este supuesto se da un proceso inverso, ya que el nuevo dominio público ha surgido cuando el servicio público no puede explicar todos los usos realizados de las frecuencias y es entonces cuando demanda su propia sustantividad y autonomía.

3.3. Su régimen jurídico: uso y protección.

El legislador ha llevado a cabo la ordenación jurídica de las frecuencias utilizando los esquemas tradicionales de la institución demanial ajustados a la realidad sobre la que se proyecta.

En primer lugar, como apuntábamos, las frecuencias tienen la consideración jurídica de bien y están afectas a una multiplicidad de fines constitucionalmente legítimos, lo cual les permite incorporarse al dominio público.

En segundo lugar, en el régimen de utilización de las frecuencias se reproducen los clásicos usos demaniales. El Plan Nacional de atribución de frecuencias, concretando la clasificación de los usos que establece el RD 844/1989, habilita un conjunto de las mismas para el uso común, entendiendo por el mismo aquel que se realiza para fines industriales, científicos, médicos o domésticos (arts. 17 y 18 RD 844/89). Por otro lado, se establece un conjunto de frecuencias para el uso especial, lo que exigirá la obtención de una previa autorización administrativa para realizar actividades de radioaficionados o para otros fines de mero entretenimiento u ocio (art. 19 RD 844/89). Asimismo se disciplina el uso privativo que se obtiene por medio de la concesión

(72) STC 244/93, de 15 de julio, FJ 2º, que reitera la doctrina expresada en la STC 168/93, de 27 de mayo, FJ 4º.

administrativa para la prestación de servicios portadores y finales de telecomunicación, los servicios públicos de difusión y los servicios de valor añadido (art. 32 RD 844/89). Esta concesión será temporal y por un plazo no superior a diez años prorrogable, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta años (art. 36 RD 844/89).

La concesión de utilización del dominio público radioeléctrico tiene una clara posición instrumental respecto a las actividades que se van a desarrollar, sin que la concesión demanial pueda tener una vida independiente respecto a la de servicios (art. 23 RD 844/89), razón por la cual tanto una como otra se tramiten en un único expediente administrativo y se resuelvan en una resolución única (art. 38 RD 844/89). Esta situación de instrumentalidad no es nueva y se produce siempre que para la prestación de determinados servicios sea necesario la utilización de un bien demanial, tal y como acontece con la concesión demanial para el abastecimiento de agua a poblaciones respecto al servicio municipal de abastecimiento de aguas⁷³, o la concesión portuaria para desarrollar los servicios dentro de un puerto, donde también se resuelven ambas concesiones en una resolución única⁷⁴. Esta unidad de expediente y resolución no afecta a la sustantividad de ambas técnicas, por cuanto las frecuencias radioeléctricas no sólo se utilizan para prestar servicios públicos sino también otras actividades no publicadas, tal y como señalamos, aunque la doctrina haya puesto el acento en aquéllas debido a su importancia.

Además, la Administración puede reservarse la utilización de determinadas frecuencias para la prestación directa de sus servicios, en un ejemplo típico de reserva demanial (art. 29 RD 844/89).

En tercer lugar, en cuanto a la indisponibilidad de estos bienes, quizás el principio de mayor importancia sea la imprescriptibilidad, en la medida que ningún particular podría esgrimir la usucapión por la utilización de una determinada frecuencia durante un tiempo ante la Administración. La *publicatio* demanial convierte a las frecuencias en *res extra commercium*. Este razonamiento está latente en la jurisprudencia del TC cuando señala, ante la hipotética inexistencia de la declaración de servicio público, que “*ni la ausencia de tal declaración (servicio público) representaría, sin más, la existencia de un derecho preestablecido a inscribir y reservar, en el correspondiente registro, frecuencias determinadas de radio o televisión en favor de particular que lo solicite*”⁷⁵.

(73) Art. 123 RD 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el reglamento del dominio público hidráulico, que desarrollan los títulos preliminar, I, IV, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.

(74) Art. 67.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina mercante.

(75) STC 127/94, FJ 6º, recordando la doctrina establecida en la STC 106/86, FJ 3º.

En cuarto lugar, se apodera a la Administración con un haz de potestades de policía demanial tanto preventiva como represiva, para preservar al dominio público de las degradaciones que pueda sufrir, entendiendo por tales las alteraciones o interferencias perjudiciales para dicho dominio. Entre dichas potestades se encuentran la de vigilancia, la posibilidad de imponer servidumbres administrativas o la sancionadora⁷⁶.

Por último, la “reserva de cualquier frecuencia” se grava con canon cuyo importe será destinado a la protección, ordenación, gestión y control del espectro radioeléctrico, canon que tiene la naturaleza de precio público y de cuyo pago quedan exentas las Administraciones Públicas para la gestión de servicios de interés general sin contraprestación económica (art. 7.3 LOT)⁷⁷.

IV. CONCLUSIÓN

- La búsqueda de la naturaleza jurídica de toda institución, aparte de contribuir a una mejor utilización de la técnica jurídica, tiene como *ratio* última conocer el régimen jurídico aplicable a la misma. El proceso seguido en este estudio es inverso. Se sabe cuál es el régimen jurídico del dominio público, pero se hace evidente que el mismo no encaja en la institución de referencia de la cual pretende traer causa, esto es, de la propiedad. Desde sus inicios esta contradicción se encontraba en la base de los razonamientos utilizados por los defensores de una propiedad pública o especial en el demanio, añadiendo inmediatamente a continuación que se trataba de una propiedad “matizada o modulada” respecto a la propiedad ordinaria. Sin embargo, las diferencias entre una y otra institución son más que simples matices. Si derivaran de un mismo *genus* sus semejanzas deberían ser más que sus divergencias, como así sucede. Desde su raíz ambas tuvieron un distinto fundamento: la propiedad como un derecho reconocido al individuo frente al poder; el dominio público como una expansión del poder público frente al individuo. La apuesta por la solución propietaria del dominio público, se debió a la juventud del Derecho administrativo que debía recurrir a las instituciones elaboradas en otras disciplinas más

(76) *Vid.* al respecto los artículos 8 a 16 del RD 844/89.

(77) Según la redacción dada a este artículo por la Disposición adicional cuarta de la Ley 37/95, de 12 de diciembre, reguladora de las *Telecomunicaciones por Satélite*.

elaboradas y asentadas para explicar sus propias instituciones. La autoridad y sutileza en los argumentos del autor de la propuesta harían el resto. Hoy, no obstante, el dominio público y la propiedad han ido por caminos separados, siendo aquél una forma de titularidad autónoma e independiente de la propiedad, sometida a sus propias reglas de derecho público.

- El dominio público como título de gran cobertura sitúa a la Administración en una posición de garantía respecto a los fines que con dicha técnica se pretende satisfacer, en virtud de lo cual se dota a unos bienes con un régimen especial de protección. Esto da una mayor coherencia a la institución demanial porque la pone en seguida en contacto con lo que realmente es: un conjunto de potestades, en consecuencia, una serie de poderes cuyo ejercicio es en beneficio de terceros (colectividad). Esto no se consigue con la idea de propiedad que evoca los términos de derecho, facultades, beneficio propio, lejos por tanto de lo que representa el dominio público.
- Otro argumento que nos lleva a rechazar la idea de propiedad aplicada al demanio, es que ni siquiera en los bienes patrimoniales existe una auténtica propiedad al modo civil. La incidencia de una normativa jurídico administrativa sobre éstos, configura una propiedad que no es exactamente igual a la prevista para los particulares en el Código Civil. Por ello, parece que sería más correcto hablar de una propiedad pública o administrativa referida a este tipo de bienes en lugar de a los de dominio público, para indicar la existencia de una propiedad de una Administración pública sometida a una serie de normas jurídico públicas que matizan la regulación de la propiedad prevista en el Código para los particulares.
- La concepción del dominio público como título de potestad, permite un desarrollo más coherente y lógico de la institución, ya que desde sus propias reglas puede explicar una serie de supuestos, como los frutos, el tesoro de bienes ocultos o la accesión de bienes en las dependencias demaniales, en los que si se aplicara la idea de propiedad, aunque fuese “latente”, llegaríamos a una serie de contradicciones con la regulación que el legislador hace de tales bienes, como ya señalamos. De este modo, frente al deslinde o la accesión de bienes civiles que toman como base la propiedad, existe un deslinde o una accesión administrativa de bienes que no pueden reconducirse a aquella regulación y que, precisamente, cobran sentido y coherencia desde la consideración del dominio público que se mantiene en este estudio.

- Tanto la afectación como la desafectación son mecanismos que producen una *conversio tituli*. De este modo, tanto una como otra tienen una doble naturaleza constitutiva y extintiva. Con la afectación nace el dominio público y muere la propiedad; con la desafectación sucede lo contrario. Este proceso de exclusión mutua reafirma la idea de ser dos instituciones diferenciadas y autónomas.
- La idea que aquí se sigue del dominio público presenta menores dificultades para el desarrollo del denominado dominio público inmaterial. En este sentido, parece un tanto forzado hablar de una propiedad de los derechos o de las frecuencias radioeléctricas, por poner dos ejemplos de este tipo de dominio. Sin embargo, es más fácil aceptar la incorporación de estos bienes al demanio, y con ello admitir la propia existencia de un demanio inmaterial, si de lo que estamos hablando es de apoderar a la Administración con un haz de potestades para la consecución de unos fines públicos que estos bienes están llamados a satisfacer, en definitiva, que nos encontramos en presencia de un título de intervención más que de una auténtica propiedad.
- Del mismo modo, el legislador ha estado lejos de constituir una propiedad en favor de la Administración cuando ha utilizado tácticamente la institución demanial. Al declarar del dominio público los bienes privados integrantes del patrimonio histórico artístico exportados ilegalmente, está claramente habilitando a la Administración para que los recupere en el extranjero, más que reconocer una propiedad en su favor. O cuando se convierte a los titulares de los enclaves privados en zona marítimo terrestre en concesionarios, se está buscando un mecanismo para ahorrarse el desembolso económico que supone esta operación expropiatoria. Algo similar cabe decir cuando se demanializa un bien que se relaciona con una competencia exclusiva de una Comunidad autónoma, porque aunque dicha declaración no pueda “afectar” a la misma, algún tipo de “incidencia” va a tener sobre aquélla. Aquí tampoco se busca el reconocimiento de una propiedad, sino de un título de intervención que amortigüe los efectos de dicha competencia exclusiva, como por ejemplo la merma de las competencias autonómicas y municipales en la ordenación del territorio y urbanismo en zona demanial portuaria estatal. Sólo desde la concepción del dominio público expuesta en este trabajo, se puede conseguir una mejor inteligencia de estos supuestos.