

LA VALORIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO
María de los Ángeles Fernández Scagliusi

RESUMEN TESIS Nº 30

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

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

Ciertamente, la propiedad pública se ha convertido en un Derecho de explotación. Las Administraciones públicas han entendido que no sólo el patrimonio privado, sino también el dominio público es un “tesoro latente” que requiere ser bien gestionado y explotado, en beneficio del uso público y de la prestación de los servicios públicos. Quiere decirse que han comprendido que se trata de una riqueza colectiva, cuya administración debe asegurar la mejor explotación para el interés general.

La gestión dinámica -y no solamente conservadora- del patrimonio se impone en la actualidad y la propiedad pública no escapa a estos nuevos imperativos.

LA VALORIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO

María de los Ángeles Fernández Scagliusi

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

No es difícil imaginar que no será sencillo en todos los casos lograr la compatibilidad entre la voluntad de valorizar y la de proteger los bienes públicos. La complejidad de la realidad se impone a los dogmas como proverbialmente demuestra la escala de la demanialidad formulada por DUGUIT. Más modernamente se ha querido encontrar otra solución en el sometimiento de los bienes demaniales a una u otra tendencia y, en mayor o menor intensidad, en función de los requerimientos de la afectación.

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

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

LA VALORIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO

María de los Ángeles Fernández Scagliusi

imposible la existencia de *iura in re aliena* de naturaleza demanial. Sin embargo, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante LPAP) ha desterrado esta creencia, al contemplar expresamente la posibilidad de reconocer como objeto posible del dominio público no sólo a los bienes, sino también a los derechos. Para concluir el Capítulo, se examina el régimen jurídico de las facultades y prerrogativas para la defensa y protección de los bienes públicos.

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

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

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

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

LA VALORIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO

María de los Ángeles Fernández Scagliusi

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

En los últimos años tanto el legislador francés como el italiano han prestado especial atención al fenómeno de improductividad del demanio, iniciando un proceso de transformación y modernización que comporta varias consecuencias, por ejemplo, permitir derechos reales de carácter civil sobre el dominio público.

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

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

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

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

LA VALORIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO

María de los Ángeles Fernández Scagliusi

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

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

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

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

LA VALORIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO
María de los Ángeles Fernández Scagliusi

cada caso y determinar en función de las circunstancias concretas si es conveniente o no su utilización.

En suma, el Derecho demanial está claramente evolucionando, tal y como demuestran las diversas y variadas manifestaciones de la corriente de valorización que están teniendo lugar en los últimos años. En todo caso estos cambios podrán ser admitidos sólo si la afectación y sus requerimientos así lo permiten.