

DESMITIFICACIÓN, PRIVATIZACIÓN Y GLOBALIZACIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS: DEL DOMINIO PÚBLICO A LAS «OBLIGACIONES DE DOMINIO PÚBLICO» (*)

Por

ELISA MOREU CARBONELL

Profesora Ayudante Doctora en Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. UN PUNTO DE PARTIDA: REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LA STS DE 19 DICIEMBRE 2001.—II. EL TRASFONDO IDEOLÓGICO: LA CRISIS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y LA MITIFICACIÓN DEL MERCADO.—III. PROCESOS DE PRIVATIZACIÓN Y DESREGULACIÓN EN EL ÁMBITO ECONÓMICO.—IV. LA ACUSACIÓN DE HIPERTROFIA Y FALTA DE COHERENCIA DE LOS BIENES PÚBLICOS: 1. *Redefinición de los bienes patrimoniales: la STC 166/1998, de 15 de julio. ¿Un debilitamiento de las potestades públicas?* 2. *La inadaptación de la propiedad pública al Estado autonómico.* 3. *Alguna otra incongruencia: la polémica sobre el enjuiciamiento jurisdiccional de los bienes demaniales.* 4. *Mitos y falacias de los bienes públicos.*—V. DESAMORTIZACIÓN Y ABANDONO DE LOS BIENES PÚBLICOS. LAS DEMANDAS DE RENTABILIZACIÓN DE LOS PATRIMONIOS PÚBLICOS: 1. *Privatización material: construcción y financiación privada de grandes redes de infraestructuras públicas:* A) *Infraestructuras privadas.* B) *Financiación privada de infraestructuras.* 2. *Privatización orgánica o formal: la adscripción de bienes públicos a entes instrumentales privados.*—VI. NUEVAS FORMAS DE PUBLIFICACIÓN PARALELAS AL PROCESO PRIVATIZADOR: HACIA LAS OBLIGACIONES DE DOMINIO PÚBLICO: 1. *En especial, el dominio público radioeléctrico.* 2. *La imparable extensión del concepto de bien cultural y bien ambiental.*—VII. LA GLOBALIZACIÓN COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN, NO DE DESLEGITIMACIÓN, DE LO PÚBLICO. EL EJEMPLO DEL BIEN PÚBLICO MUNDIAL.—VIII. CONCLUSIONES: UN CONCEPTO FUNCIONAL DE BIENES PÚBLICOS ACORDE CON LAS NUEVAS CONCEPCIONES FUNCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Uno de los factores que más ha contribuido a la desestabilización del Derecho administrativo es el proceso que se ha denominado de «desestataización» social, es decir, la *reducción progresiva del papel del Estado y de la Administración*, no sólo en el más conocido plano económico, en beneficio del mercado, sino también en el plano social, devolviendo el protagonismo al ciudadano y a los grupos sociales en una suerte de externalización de los servicios públicos y de las funciones administrativas.

La reacción doctrinal ante estos fenómenos es heterogénea y no va a

(*) Este trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación titulado *Liberalización de infraestructuras y redes (telecomunicaciones, energía y transportes): análisis del nuevo mercado regulador desde la perspectiva jurídica y económica. Las competencias económicas de las Administraciones públicas* (P081/2001), dirigido por el Prof. Dr. José M.^a GIMENO FELIÚ y financiado por la Universidad de Zaragoza. Constituye, asimismo, el objeto del *Curso de doctorado* que, durante los cursos académicos 2001-2002 y 2002-2003, y con el título de *¿Crisis de las propiedades públicas? Renovación y futuro de los usos tradicionales*, he impartido en el marco del Programa de Doctorado de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza. Desde aquí agradezco a mis alumnos su participación y su interés.

ser desarrollada de nuevo aquí. Por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA vincula esta evolución de las relaciones Estado/sociedad con la *partitocracia*, destacando la colonización de la sociedad por el Estado de partidos y la colonización inversa, de la sociedad sobre el Estado (1). Por su parte, AUBY ha calificado como de *banalización* del Derecho administrativo al fenómeno que, en los Estados contemporáneos, y debido a la privatización, provoca una transferencia o delegación en masa de las actividades públicas al sector privado (2).

En cualquier caso, este proceso despublicador va acompañado de otro que aparentemente está en contradicción con él: la búsqueda de una revalorización del papel del Estado, es decir, una suerte de «*publicación alternativa*» del Derecho administrativo. Y así, la doctrina se esfuerza por demostrar que la privatización o la desregulación no conducen a la «muerte de la Administración pública», sino a su transformación en otras fórmulas diferentes de intervención y control.

Pues bien, me parece que la mejor forma de ilustrar la dialéctica privatización-publicación es a través de ejemplos concretos. *En este trabajo me propongo abordar la clásica construcción de los bienes públicos desde la perspectiva de cómo se ve afectada por este proceso contradictorio de múltiples facetas:*

- En primer lugar, su *desmitificación*, que podría calificarse como un fenómeno ideológico conectado con la crisis del Estado social de Derecho y que, prácticamente desde su origen, viene caracterizado por la falta de unidad o de coherencia del régimen de los bienes públicos (3), acentuado ahora por una novedosa redefinición de los bienes patrimoniales.
- En segundo lugar, su *despublicación*, emprendida por algunas leyes sectoriales, en paralelo a la liberalización de los servicios públicos que sirven de base para la afectación de los bienes. En el trabajo empleo el término de «privatización» de bienes públicos en un sentido amplio, ilustrativo de su carácter multívoco y comprensivo tanto de la privatización material como de la privatización orgánica o formal, pues ambas modalidades se dan en los bienes públicos.

(1) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Democracia, jueces y control de la Administración*, 5.^a ed., Madrid, 2000, págs. 70 ss.

(2) J.-B. AUBY: «Le mouvement de banalisation du Droit des personnes publiques et ses limites», en *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, págs. 3 ss. Tres son, principalmente, los síntomas que observa AUBY en este movimiento de «banalización» del Derecho administrativo: la sumisión al Derecho privado de actividades administrativas clásicas (como las telecomunicaciones); una homogeneización o confusión de los Derechos público y privado, por el efecto de normas que ignoran la distinción (como el derecho de la concurrencia), y, por último, la introducción en el ámbito público de reglas típicas del Derecho privado (como ocurre en el ámbito de los bienes públicos).

(3) Hace ya tiempo que A. EMBID IRUJO: *Mito, paradoja y realidad en el ordenamiento jurídico de las aguas continentales*, «Ciudad y Territorio», núm. 105 (1995), pág. 598, aplicó el término *desmitificación* al dominio de las aguas, al afirmar que «*determinados hechos o acontecimientos tanto fácticos como jurídicos no permiten observar la realización completa de esta demanialización*».

- Pero, en tercer lugar, observamos también un proceso de *revalorización* o *transformación* de los bienes públicos a través de nuevas fórmulas publicadoras, bien aplicables a nuevas realidades como el dominio público radioeléctrico, bien por la imparable *vis expansiva* del régimen de los bienes culturales y ambientales, que, en definitiva, vienen a destacar la importancia de la afectación o la funcionalidad sobre la titularidad de los bienes.

En realidad, no estamos, ni mucho menos, ante una polémica novedosa, pues viene ocupando a la doctrina —y no sólo administrativista— desde hace más de medio siglo, como nos recuerda T. R. FERNÁNDEZ, lo cual nos conduce a relativizar los falsos descubrimientos que no son sino disfraces para viejos problemas, en un marco de europeización y globalización que ha entronizado al «nuevo ídolo» de la competencia (4).

I. UN PUNTO DE PARTIDA: REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LA STS DE 19 DICIEMBRE 2001

El impulso inmediato para escribir este trabajo debe localizarse en la STS (Sala 3.^a) de 19 de diciembre de 2001 [(RJ 2002, 9946), ponente M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA], si bien advierto que no he querido escribir un comentario jurisprudencial al uso, sino más bien exponer, de forma algo heterogénea, las reflexiones que me ha suscitado su lectura y que amparan ciertas ideas previamente forjadas en torno al estatuto jurídico de los bienes públicos.

No obstante, realizaré como preámbulo una breve referencia de sus antecedentes fácticos y jurídicos.

Esta sentencia conoce de un recurso de casación interpuesto por la Unión Salinera de España, S.A., en un caso de deslinde administrativo de un campo de tiro perteneciente al Patrimonio del Estado. La discrepancia se centra en la improcedencia del deslinde practicado por la Administración estatal. El conflicto se remonta, según se deduce de los antecedentes de la sentencia, a una Real Orden de 1907 que resolvió el deslinde del campo de tiro conocido como Torregorda (Cádiz), utilizado como tal «*desde los comienzos del siglo XVII, cuando el entonces secretario del Rey, conde de Villalonga, fue nombrado Capitán General de la Artillería en la Península, el cual propuso al Rey el establecimiento de las escuelas de formación para artilleros, entre las que se encontraba la de Cádiz, con su campo de tiro*».

Sin embargo, tan hondas raíces históricas no han evitado que vuelvan a reproducirse ciertos problemas jurídicos pendientes, teniendo en cuenta que la empresa recurrente afirma que «*desde tiempo inmemorial ha explo-*

(4) T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy*, núm. 150 de esta REVISTA (1999), págs. 57 ss., y también en *Las transformaciones del Derecho administrativo a resultas de las privatizaciones*, «Revista Andaluza de Administración Pública», núm. 39 (2000), págs. 105 ss.

tado y continúa explotando la salina llamada San Félix», cuyos terrenos se han visto afectados por el deslinde practicado y que, por lo visto, la empresa salinera tenía inscritos a su favor en el Registro de la Propiedad.

De la lectura de los antecedentes de la sentencia se desprende que el Estado había intentado ya en ocasiones anteriores recuperar los terrenos ocupados por la empresa salinera. Y así, en 1982 la Administración militar cercó, valló y tomó posesión de parte de los correspondientes a la salina explotada. En aquel momento, sin embargo, la empresa interpuso un interdicto de retener y recobrar que fue estimado por el orden jurisdiccional civil.

Fracasada, por tanto, en virtud de la sentencia interdictal la ocupación de los terrenos de la salina, la Administración estatal acudió a una de las prerrogativas vinculadas a su condición de propietario: el deslinde, que fue aprobado por Orden Ministerial de 23 de diciembre de 1985 y que constituye el objeto del presente litigio. Sólo que ahora, en única instancia, la Audiencia Nacional había rechazado las pretensiones de la empresa salinera, precisamente con el argumento de que el deslinde practicado era formalmente correcto y que el conocimiento de las cuestiones de propiedad formuladas por la empresa no corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sino al orden civil.

La sentencia del Tribunal Supremo dictada en casación resulta interesante por varias razones. En primer lugar, por el contenido del fallo, estimatorio de las pretensiones de la empresa salinera. Y, en segundo lugar, por el voto particular formulado por dos magistrados de la Sala, que consideran que el Tribunal se ha excedido en sus competencias de jurisdicción. Por otro lado, este pronunciamiento permite reflexionar no sólo sobre la clásica cuestión de la dualidad jurisdiccional en relación con los bienes públicos —que resuelve, a mi juicio, de modo ejemplar—, sino en ciertas alusiones que se contienen acerca del «debilitamiento» de las potestades administrativas sobre sus bienes.

Por lo que respecta al fallo estimatorio del Tribunal Supremo, se basa en la negación de que el objeto de la controversia constituya una cuestión civil que corresponda enjuiciar al orden jurisdiccional civil. La Sala niega la ficticia distinción, planteada por la sentencia recurrida, entre «*cuestiones de procedimiento*», que competerían a la jurisdicción contencioso-administrativa, y «*cuestiones de fondo*», que en el caso de los bienes públicos corresponderían supuestamente a la jurisdicción civil, de modo que no debe excluirse de la competencia del orden contencioso-administrativo el conocimiento de pretensiones basadas en una lesión de derechos patrimoniales, pues su jurisdicción no se limita a «*la mera comprobación de la regularidad de los trámites seguidos*» (FJ 4.º).

Hay que tener en cuenta, además, que los bienes deslindados en este conflicto no tenían la naturaleza de demaniales, sino que se trataba de bienes patrimoniales, lo cual no obsta para que el Tribunal Supremo recuerde la corrección de acudir a la potestad del deslinde en estos casos. Sin embargo, el hecho de tratarse de bienes patrimoniales conduce al Tribunal Supremo a realizar ciertas afirmaciones sobre los privilegios de las Admi-

nistraciones titulares de esta clase de bienes, que parecen haberse «desnaturalizado» o, mejor aún, «debilitado». Reproduzco, por su interés, las palabras del Alto Tribunal:

«No es ocioso reseñar, como pauta interpretativa de singular relieve, que entre las prerrogativas de la Administración respecto de sus bienes patrimoniales (...) se encontraba junto a las clásicas de recuperación de oficio, inmunidad frente a los interdictos, investigación y deslinde de sus propios bienes sin necesidad de acudir a los órganos jurisdiccionales (...) la no menos tradicional de inembargabilidad e inejecutabilidad judicial de dichos bienes, prerrogativa esta última que la sentencia constitucional de 15 de julio de 1998 ha considerado incompatible con el artículo 24 de la Constitución cuando se trate de bienes patrimoniales materialmente no afectados a un uso o servicio público. En el sustrato jurídico-conceptual de esta declaración, que introduce una fisura destacada en el régimen jurídico de una de las dos categorías bajo las cuales convencionalmente se han clasificado los bienes públicos, *no es difícil intuir un notable debilitamiento de la intensidad con que la Administración puede autoproteger sus bienes privados sin necesidad de acudir al juez civil como el resto de los propietarios. Pues si estos bienes patrimoniales pueden ser embargados y ejecutados en paridad con los de los particulares, la justificación última del resto de prerrogativas exorbitantes del régimen común que aún subsisten respecto de ellos queda ciertamente debilitada*» (FJ 4.º, la cursiva es mía).

Por eso, el Tribunal Supremo vincula la posibilidad de acudir al deslinde de bienes patrimoniales con la limitación temporal que la Administración titular tiene para ejercer la potestad de recuperación de oficio, limitada a un año desde la pérdida indebida de la posesión, de modo que *«el deslinde de bienes patrimoniales no es un instrumento idóneo para que ésta acceda a recuperar de oficio, por sí misma, su posesión perdida más allá del año y día»* (FJ 7.º).

II. EL TRASFONDO IDEOLÓGICO: LA CRISIS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y LA MITIFICACIÓN DEL MERCADO

Al Derecho administrativo le afectan los cambios políticos y constitucionales, así como las profundas transformaciones sociales y económicas experimentadas en los dos siglos pasados y cuyas consecuencias se viven ya en el presente. En expresión de GONZÁLEZ NAVARRO, *«como la sombra al cuerpo, el Derecho administrativo sigue —o precede, según los casos— a la*

realidad conformándola en un determinado sentido. En esto estriba parte de su servidumbre pero también de su grandeza» (5).

Conviene recordar que el contexto político, económico e institucional actual es bien diferente de aquel a partir del cual se construyó el Derecho administrativo: son esas «transformaciones» de las que hablaba GARCÍA PELAYO (6). Y resulta claro que la mayor o menor intensidad de las potestades públicas en relación con los sectores económicos depende en buena medida de la ideología dominante de cada época, como constatará ya VILLAR PALASÍ (7). Lo cierto es que, por encima de sesgadas interpretaciones de la crisis del Estado social para justificar determinadas políticas conservadoras de sus gobernantes (8), todas las democracias occidentales han conocido, en los treinta últimos años, un movimiento de reducción del espacio reservado al Estado, en beneficio del mercado y de los ciudadanos. *La mitificación actual del mercado y de la competencia* le ha asignado la función de organizador de la vida política, lo cual provoca necesariamente una crisis en las estructuras clásicas. DESDENTADO DAROCA definió bien las consecuencias de este salto en el Derecho administrativo, sumido en una «*crisis de identidad*» (9), en un marco de superación del Estado social de Derecho y de su modelo de relación Estado-sociedad, que ha conducido de nuevo, como bajo el Estado liberal, a atacar las diferentes formas de intervención estatal.

La crisis del Estado social, ejemplificada en el movimiento privatizador, no sólo tiene una manifestación económica, sino también política e ideológica, es decir, como elemento definitorio de un modelo de Estado (10), lo cual trae como consecuencia una deslegitimación del propio

(5) F. GONZÁLEZ NAVARRO: *Derecho Administrativo español*, tomo I, Eunsa, Pamplona, 1987, pág. 154.

(6) M. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977.

(7) Sobre tal afirmación, por todos, J. L. VILLAR PALASÍ: *La intervención administrativa en la Industria*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, pág. 15.

(8) En España, la crisis del Estado social ha constituido la base ideológica para justificar una nueva política «de centro» que pone en entredicho las conquistas del Estado social. En esta línea, resulta muy ilustrativa la lectura de J. RODRÍGUEZ-ARANA: *Nuevas claves del Estado del bienestar. Hacia la sociedad del bienestar*, Comares, Granada, 1999, especialmente págs. 57 a 91. En otro trabajo posterior, el mismo autor considera que el modelo se ha desmoronado porque «*no ha sido sensible precisamente a sus propios postulados*». Véase J. RODRÍGUEZ-ARANA: «Reformas y modernización de la Administración pública española (1996-2000)», en ob. col. J. M.^a BAÑO LEÓN y J. CLIMENT BARBERÁ (coords.): *Nuevas perspectivas del régimen local. Estudios en homenaje al profesor Boquera Oliver*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 22.

(9) E. DESDENTADO DAROCA: *La crisis de identidad del Derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

(10) Lo explica muy bien J.-B. AUBY: «Le mouvement de banalisation», cit., págs. 6 y 7, al afirmar, además, que el movimiento liberalizador se completa con otros elementos ideológicos y sociológicos, resultado de «*la tensión para reequilibrar las relaciones entre la administración y los administrados*», junto con los imparables progresos de la «*democracia administrativa*». En Alemania, H. DREIER: *Die drei Staatsgewalten im Zeichen von Europäisierung und Privatisierung*, «DÖV» (2002), págs. 537 ss., ha realizado un estudio pormenorizado de los efectos que tales fenómenos tienen sobre los modelos democráticos europeos.

Estado y su retroceso a posiciones minimalistas: del Estado garante-productor-distribuidor al Estado regulador, simple árbitro de los intereses privados (11).

Siguiendo por este camino se proponen lecturas nuevas o reinterpretaciones de la conocida cláusula constitucional del Estado social de Derecho, inspirada en la Ley Fundamental de Bonn e incorporada a nuestra Constitución (12). Efectivamente, como recuerda S. MARTÍN-RETORTILLO, nuestro sistema no puede prescindir del Estado social de Derecho, que, en los términos delimitados por el Tribunal Constitucional, es resultado de la convergencia de diferentes ideologías (13). ¿Quiere ello decir que, ante la crisis del Estado social, el aparato conceptual de la Constitución española se esté quedando obsoleto? (14). Al contrario, nuestra Carta Magna es lo suficientemente flexible como para adaptarse a las nuevas realidades económico-sociales que, como el servicio universal, surgen en un marco privatizador y desregulador, opuesto a los mismos principios que inspiraron a las Constituciones europeas de la postguerra.

Recientemente se ha ocupado de estas cuestiones PAREJO ALFONSO, concluyendo que la crisis del Estado social de Derecho, plenamente confirmada a la vista de los fenómenos privatizadores y modernizadores, no apunta, sin embargo, a su desaparición, sino más bien a su transformación «*en función de las necesidades actuales de redefinición de las relaciones Estado-sociedad y con manifestaciones tanto en cuanto al ámbito o la extensión de lo público como en cuanto al papel de las funciones de los poderes públicos*» (15). También en Alemania, el profesor STOBER constata que el Estado social en interés de la comunidad está desapareciendo y tiende cada vez hacia un «*Estado egoísta impregnado de individualidad*», proponiendo para paliar este peligro una mayor responsabilidad y compromiso ciudadanos (16).

Como digo, a la crisis del Estado social se han dedicado constitucionales y estudiosos de la ciencia política, así como filósofos y economistas, capitaneados por la Escuela de la Elección Pública (*public choice*), partidaria de aplicar las teorías económicas a campos de la actividad humana dis-

(11) E. BUSTAMANTE: «Nuevas fronteras del servicio público y su función en el espacio público mundial», en ob. col. J. VIDAL BENEYTO: *La ventana global*, Taurus, 2002, pág. 182.

(12) Al respecto, L. PAREJO ALFONSO: *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1982, y *El concepto de Derecho Administrativo*, Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 1984, págs. 177 ss.; A. GARRORENA MORALES: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 27 a 106; y J. PÉREZ ROYO, *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado Social*, «REDC», núm. 10 (1984), págs. 157 ss.

(13) S. MARTÍN-RETORTILLO: «La Administración pública en la llamada crisis del Estado social de Derecho», en *Fragmentos de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 203 ss. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se resume en las SSTC 16/1984, de 7 de febrero; 208/1988, de 10 noviembre, y 97/1990, de 24 de mayo.

(14) Así lo toma S. MUÑOZ MACHADO: *Las modulaciones de las competencias de las Comunidades Autónomas por las regulaciones del mercado y las nuevas tecnologías*, núm. 153 de esta REVISTA (2000), pág. 195.

(15) L. PAREJO ALFONSO: *El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la «crisis» de las prestaciones y los servicios públicos*, núm. 153 de esta REVISTA (2000), pág. 247.

(16) R. STOBER: *Vom sozialem Rechtsstaat zum egoistischen Rechtshaberschutzstaat?*, «DÖV» (1998), págs. 775 ss.

tintos del económico y, en especial, para el análisis de las instituciones políticas y administrativas (17). Y no sólo desde una visión neoliberal, sino también desde planteamientos socialdemócratas, esforzados en buscar un equilibrio entre el intervencionismo estatal y la libertad ciudadana con tesis como la *Neue Mitte* («nuevo centro») alemana (18) y la «tercera vía» inglesa (19), y que, en resumidas cuentas, desde un pragmatismo salvaje, vienen a defender un camino intermedio entre el *laissez-faire* y el Estado intervencionista tradicional, entre el capitalismo a ultranza de inspiración estadounidense y la planificación socialista. En una línea similar, con otro nombre, INNERARITY propone un «socioliberalismo» o «socialdemocracia liberal», que «no trata de suprimir el Estado sino de lo contrario: de consolidarlo y hacerlo más eficaz, para lo cual es inevitable que se retire de muchos ámbitos sociales que ocupa» (20).

Desde luego, soy consciente de que este proceso de reconstrucción no es el resultado exclusivo, aunque sí determinante, «de un movimiento ideológico de “derechización” del mundo occidental», utilizando las palabras de T. R. FERNÁNDEZ. Es decir, que el componente ideológico no es el único motor de los cambios producidos (21). Sin embargo, comparto la visión de PORRAS NADALES, para quien la crisis del Estado social de Derecho nos ofrece un panorama desestructurado, que ha conducido a una confusa «yuxtaposición de espacios funcionales, estatales y sociales, a la vez semipúblicos y/o semiprivados», carentes de sistemática (22).

(17) Al respecto, véanse los estudios contenidos en el monográfico de la revista «Documentación Administrativa», núms. 224-225 (1991), así como el libro de J. SUBIRATS: *Análisis de políticas públicas y eficacia de la Administración*, INAP, Madrid, 1989.

(18) Un buen resumen para el investigador español en M. DARNACULLETA y M. TARRÉS: *Adelgazamiento del Estado y modernización administrativa. A propósito del informe «Schlancker Staat»*, «Autonomías. RCDP», núm. 26 (2000), págs. 335 ss. Más comedido es el informe *Moderner Staat-Moderne Verwaltung*, presentado en diciembre de 1999, que, frente a la idea de «adelgazamiento del Estado», anuncia una tendencia contraria basada en un Estado «más activo» o «reactivado» (*Aktivierender Staat*), asumiendo una nueva definición de las funciones públicas capaz de armonizar la responsabilidad entre la sociedad y el Estado y de potenciar la autorregulación social (en www.bund.de/bundonline2005-6164.htm).

(19) Resulta notocidísima la construcción de GIDDENS, en *La tercera vía: la renovación de la socialdemocracia*, Taurus, Madrid, 4.ª reimp., 2002, que inspiró el modelo neolaborista inglés y que, en el ámbito de la Administración, se plasmó en el *Libro Blanco «Modernising the Government»*, presentado al Parlamento en marzo de 1999 (traducción castellana de J. RODRÍGUEZ-ARANA: *Modernizar la Administración. Libro Blanco del Gobierno Británico*, Documentos INAP, núm. 23, 1999).

(20) D. INNERARITY: *La transformación de la política*, Ediciones Península, Barcelona, 2002, pág. 193. A su juicio, el nuevo planteamiento socialdemócrata coincide con el neoliberalismo en el rechazo a controlar estatalmente la economía, la disciplina presupuestaria o la independencia del banco central. Pero se diferencia de él en que sí considera al Estado como el marco inevitable y regulador de la vida social.

(21) T. R. FERNÁNDEZ: *Del servicio público a la liberalización*, cit., págs. 66 y 67.

(22) A. J. PORRAS NADALES: *Introducción a una teoría del Estado postsocial*, Prentice Hall, Barcelona, 1988, págs. 69 y 257. El autor elabora su teoría del «Estado postsocial», compatible con un «marco fragmentario y abierto de relaciones entre sociedad organizada y poderes públicos que, a la vez que sugieren un protagonismo activo de sectores sociales autoestructurados, permiten igualmente una ubicación sistemática de mecanismos jurídicos de control público en un modelo de interconexión e interdependencia múltiple que se proyecta, incluso, sobre el plano internacional».

En efecto, creo que esta idea de «desestructuración» puede extenderse al Derecho administrativo contemporáneo, atónito ante las transformaciones que se le avecinan y afanoso por encontrar su papel en la sociedad. Objetivo que no dudo que conseguirá, pues el Derecho administrativo está acostumbrado a los cambios, pero antes tendrá que superar este momento de transición y conseguir que la sociedad recupere la confianza en el bien común y los asuntos públicos, es decir, la credibilidad en la Administración como gestora de los intereses generales.

Al fin y al cabo, no podemos dejarnos arrastrar por ese «determinismo económico» que se presenta como un fenómeno fatalista que no deja espacio a los Estados y a sus gobiernos para llevar a cabo políticas redistributivas, expansivas y de pleno empleo. Este mensaje es profundamente antidemocrático, porque si los Estados son impotentes, entonces sólo harían falta tecnócratas. En definitiva, como constata NAVARRO, los Estados continúan jugando un papel clave y lo que hagan o dejen de hacer «*no depende primordialmente de la globalización o integración económica, sino de los intereses que el gobierno represente*» (23).

Por otro lado, no deja de resultar sorprendente o paradójico que, junto a la liberalización económica promovida en buena medida por la Unión Europea, el Tratado de Maastricht y el Tratado de Amsterdam constituyan el punto de inflexión hacia una política social comunitaria propia. *En efecto, se observa una progresiva y laboriosa afirmación del espacio social europeo, que no parece incompatible con la liberalización económica.* Y así, la evolución de la Unión Europea quiere apartarse de la senda exclusivamente económica que la vio nacer, avanzando en la reconstrucción del denominado espacio social único europeo (24).

III. PROCESOS DE PRIVATIZACIÓN Y DESREGULACIÓN EN EL ÁMBITO ECONÓMICO

Desde hace unos años y en el marco de la Unión Europea se ha confirmado la tendencia a reducir el protagonismo estatal en actividades económicas que hasta no hace mucho se encontraban fuertemente intervenidas: una «*cura dietética del Estado*». Aquí me limitaré a realizar unas reflexiones generales sobre este fenómeno imparable de la reducción del papel del Estado y la transformación del Derecho administrativo, para reconducirlo finalmente al ámbito de los bienes públicos.

Hay que advertir que los fenómenos de privatización y desregulación no designan exactamente las mismas realidades, aunque su delimitación conceptual no siempre resulte clara. Por *privatización* se entiende el paso

(23) V. NAVARRO: *Bienestar insuficiente, democracia incompleta. Sobre lo que no se habla en nuestro país*, Anagrama, Barcelona, 2002, págs. 22 y 23.

(24) Así lo ha destacado S. MARTÍN-RETORTILLO: «La Administración pública en la llamada crisis del Estado social de Derecho», cit., pág. 216. Un estudio específico en P. T. TETTINGER: *Maastricht II: Vertragsergänzung zur Sicherung der Daseinvorsorge in Europa?*, «DVBl» (1997), págs. 341 ss.

de activos públicos al sector privado, frecuentemente antiguos operadores en régimen de monopolio. La privatización se refiere tanto a las actividades y servicios realizados por la Administración pública (privatización de propiedades) como a la de funciones públicas (25). En cambio, la *desregulación* aludiría a todas aquellas medidas tendentes a dinamizar la vida económica mediante la eliminación de las limitaciones y restricciones públicas que afectaban al libre desarrollo empresarial (26).

En la última década, el debate sobre el nuevo papel del Estado en la economía y la sustitución del Estado por el mercado, cuyos riesgos fueron denunciados tempranamente por BERMEJO VERA (27), ha recobrado actualidad debido al *decidido impulso que las instituciones de la Unión Europea proporcionan a la liberalización de diversos sectores económicos* que tradicionalmente habían sido objeto de las técnicas de gestión de servicio público. Piénsese en ejemplos tan significativos como los que proporcionan las telecomunicaciones, la energía, los hidrocarburos o los servicios postales, que han conducido a un intenso debate sobre el concepto y la desaparición del servicio público (28).

En general, la polémica sobre el significado del nuevo servicio público y el alcance de la intervención pública en los sectores desregularizados no ha evitado que la mayor parte de la doctrina defienda la garantía universal de estos servicios a todos los ciudadanos, es decir, un «servicio público universal» que vendría a ser la evolución natural de los viejos servicios de

(25) Es una definición de J. PONCE SOLÉ: *Una aproximación al fenómeno privatizador en España*, núm. 139 de esta REVISTA (1996), págs. 345 ss., al resumir las conclusiones del Seminario realizado en la UIMP sobre el fenómeno privatizador, que contó, entre otros, con la participación de S. CASSESSE.

(26) Es ya clásica la explicación de R. MARTÍN MATEO: *Liberalización de la economía. Más Estado y menos Administración*, Trivium, Madrid, 1988, págs. 40 ss. Por su parte, J. RODRÍGUEZ-ARANA: *La privatización de la empresa pública*, Montecorvo, Madrid, 1981, pág. 80, parece mantener la posición contraria, al considerar a la desregulación como una de las formas de privatización.

(27) J. BERMEJO VERA: *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974). Estudio específico de RENFE*, Tecnos, Madrid, 1975, en especial págs. 259 ss., vinculando el fenómeno privatizador con la conocida «*huída del Derecho administrativo*», que es, ante todo, un riesgo de huída del sistema de garantías construido con mucho esfuerzo por el Derecho administrativo.

(28) Es muy abundante la bibliografía que ha visto la luz en los últimos años sobre la crisis del servicio público y el régimen jurídico de los sectores económicos aludidos. Me limitaré a citar aquí los trabajos de S. MARTÍN-RETORTILLO: *Reflexiones sobre las privatizaciones*, núm. 144 de esta REVISTA (1997), págs. 7 ss., y *Sentido y formas de la privatización de la Administración pública*, «RAndAP», núm. 39 (2000), págs. 13 ss.; T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Las transformaciones del Derecho Administrativo a resultas de las privatizaciones*, «RAndAP», núm. 39 (2000), págs. 105 ss.; F. GARRIDO FALLA: «¿Crisis de la noción de servicio público?», en ob. col. *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 441 ss.; E. MALARET I GARCÍA: *Servicios públicos, funciones públicas, garantía de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto*, núm. 145 de esta REVISTA (1998), págs. 49 ss.; y G. FERNÁNDEZ FARRERES: *El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho administrativo de la nueva economía*, «Justicia Administrativa», núm. 18 (2003), págs. 7 ss., por constituir un buen resumen y contener reflexiones muy interesantes sobre el fenómeno. Asimismo, resultan ilustrativos los trabajos incluidos en el volumen colectivo *Derecho público y Derecho privado en la actuación de la Administración pública*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

titularidad pública. En definitiva, *lo único que habría cambiado es la forma, no el fondo de la vieja concepción*, de modo que se acepta que la titularidad del servicio sería indiferente, mientras éste llegue a todos los ciudadanos con garantías de continuidad, regularidad, igualdad de acceso a las prestaciones y universalidad.

Como digo, la doctrina observa en este nuevo concepto de servicio público un sustrato común, un hilo conductor que explicó muy bien S. MARTÍN-RETORTILLO a través de un juego de palabras: «*la desregulación de cualquier sector requiere de una amplia regulación para desregular*» (29). Y, en la misma línea, MARTÍN REBOLLO recuerda que «*liberalizar no es equivalente a privatizar, ni mucho menos a desregular. La Administración puede que gestione directamente menos. Pero va a regular más*» (30). Con ello viene a destacarse que la ruptura con el servicio público no es tan radical como pudiera parecer en un primer momento, y que debe enmarcarse, simplemente, en una evolución natural del Derecho administrativo y de sus técnicas clásicas. La característica del proceso es, pues, la de «*subsistencia de fines y transformación de las formas*» (31).

Podría decirse, como en *El Gatopardo*, que todo se renueva para que nada cambie, para que lo esencial permanezca, si bien esta constatación no impide que quede sin respuesta la pregunta clave de *cuál debe ser el alcance de la despublificación, es decir, qué funciones esenciales deben permanecer en manos de los poderes públicos* (32).

Llegados a este punto, y reconociendo que los sectores económicos aludidos son los más representativos (y los más rentables) del fenómeno despublificador, creo que la privatización de bienes públicos está adquiriendo un alcance y un significado autónomos que la hacen merecedora, cuando menos, de una llamada de atención, que resumo en las palabras elegidas para el título del presente trabajo: *del dominio público a las obligaciones de dominio público*.

Si hemos llegado a aceptar que lo esencial del moderno concepto de servicio público no es la titularidad, sino su funcionalidad, ¿podemos dar ese mismo salto para las propiedades públicas? ¿Podemos aceptar que la transformación de las viejas categorías de bienes públicos implica prescin-

(29) S. MARTÍN-RETORTILLO: «La Administración pública en la llamada crisis del Estado social de Derecho», cit., págs. 210 y 211.

(30) L. MARTÍN REBOLLO: «Sociedad, economía y Estado (A propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público)», en ob. col. *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 644.

(31) Por todos, G. FERNÁNDEZ FARRERES: *El concepto de servicio público*, cit., pág. 20.

(32) Es, precisamente, el planteamiento de G. FOLKE SCHUPPERT: *Rückzug des Staates? Zur Rolle des Staates zwischen Legitimationskrise und politischer Neubestimmung*, «DÖV» (1995), págs. 761 ss., donde, a raíz de un análisis minucioso de todos los procesos de privatización de funciones públicas y del personal, llega a una conclusión sobre las «funciones básicas» (*Kernaufgaben*) que debe asumir el nuevo Estado. En la misma línea, E. MALARET I GARCÍA: *Servicios públicos, funciones públicas*, cit., especialmente págs. 60 a 63 y 86, echa en falta una nueva perspectiva que sepa encontrar exactamente qué necesidades de la comunidad, qué concretas prestaciones son merecedoras de una atención particular por parte de los poderes públicos. Esta idea recuerda a las conocidas tesis sobre la «*reserva constitucional de Derecho administrativo*», objeto de polémica en nuestro país.

dir del nexo formal de su titularidad pública? Además, la transformación de la vieja categoría del servicio público tiene que alterar, forzosamente, el estatuto de los bienes públicos definidos por su afectación «a un servicio público». Pero vayamos por partes.

IV. LA ACUSACIÓN DE HIPERTROFIA Y FALTA DE COHERENCIA DE LOS BIENES PÚBLICOS

La constitucionalización del dominio público, según destacó FONT I LLOVET, fue un factor clave para la cristalización de la idea del espacio vital efectivo, tan cercana a la idea de la *Daseinvorsorge* o la procura existencial, es decir, vinculada con el Estado del bienestar (33). Constituye una nota característica de nuestra Constitución el haber otorgado engarce constitucional a las notas de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad del dominio público, apartándose así de otros ordenamientos que, como el francés, carecen de una previsión semejante (34).

A pesar de ello, el dominio público, máximo exponente de la propiedad pública, se encuentra hoy en entredicho a consecuencia del imparable proceso privatizador y desregulador. La crisis del Estado social de Derecho afecta también a la propiedad pública y, en general, al régimen jurídico de todos los bienes públicos. Por un lado, como explicaré, el régimen del dominio público se considera un obstáculo —por su rigidez— para el desarrollo de las grandes infraestructuras públicas, en un camino que evoluciona hacia la desvinculación de los clásicos conceptos de obra pública/dominio público. La finalidad de conseguir mayor rentabilidad económica con estas redes de infraestructuras, financiadas y gestionadas ahora por entidades privadas, parece ser incompatible con el dominio público. Por otro lado, la liberalización de los servicios públicos afecta necesariamente al sustrato material de dichos servicios, rompiéndose también el binomio servicio público/dominio público. Binomio que, además, ha dejado de identificarse con el dominio público, puesto que también los bienes patrimoniales se encuentran materialmente afectados a servicios y finalidades públicos, como ha confirmado la STC 166/1998.

En la doctrina francesa, AUBY vincula de nuevo este fenómeno con el mencionado proceso de «banalización» del Derecho administrativo, uno de cuyos síntomas es la sumisión de las Administraciones públicas a reglas inspiradas en las relaciones jurídicas privadas. Y así, considera «*un ejemplo perfecto de esta aproximación*» la nueva regulación del dominio público en Francia a partir de la Ley 88-13, de 5 de enero de 1988, que permitió la

(33) T. FONT I LLOVET: «La ordenación constitucional del dominio público», en ob. col. *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, V, Civitas, Madrid, 1991, pág. 3931.

(34) Por eso tuvo tanta trascendencia la Decisión del *Conseil Constitutionnel* 94-346, de 21 de julio de 1994, sobre la «dimensión constitucional del dominio público» y el principio de inalienabilidad, que el Consejo Constitucional reconduce al de la «protección debida a la propiedad pública».

constitución de derechos reales sobre el dominio público local, importando al ámbito de los bienes públicos (locales) una institución clásica del Derecho civil como era el *bail emphytéotique* (35). Pero las reformas en el dominio público francés iban a continuar hasta la promulgación de la decisiva Ley 94-631, de 25 de julio de 1994, que, al permitir la constitución de derechos de terceros y limitaciones reales sobre el dominio público, flexibilizaba el principio de inalienabilidad. La doctrina científica española se hizo eco muy pronto de esta trascendental reforma, que tuvo como escenario los problemas de espacio para el crecimiento de las grandes ciudades (36).

En cualquier caso, me interesa destacar y resumir aquí dos tendencias en el Derecho contemporáneo de los bienes públicos:

a) Una *tendencia expansiva*, que conduce a una propagación del régimen de la propiedad pública a bienes que muy difícilmente encajan en el molde tradicional, pero para los cuales resulta muy conveniente extender las potestades y exorbitancias clásicas.

b) Otra *tendencia restrictiva*, que, sin discutir la necesidad de mantener los principios clásicos para ciertos bienes públicos, busca para los demás una atenuación o flexibilización que facilite su gestión y explotación sin sujeción a los rigores del régimen tradicional. En efecto, existe en el momento presente un cierto consenso sobre la excesiva rigidez de las reglas de la propiedad pública (37). Los principios de la demanialidad muestran hoy algunos síntomas de inadaptación, reivindicando, sobre todo en Francia pero también en España, soluciones flexibilizadoras.

Curiosamente, ambas tendencias, a pesar de su contradicción interna, conviven en el momento actual: un ejemplo de que la evolución del Derecho administrativo discurre normalmente sobre el conflicto, incluso la contradicción. Y es que, a mi juicio, el germen del proceso de desmitificación de la propiedad pública tiene su base en la *heterogeneidad de los bienes que la integran, lo que, en definitiva, provoca una marcada incoherencia* (38). Ello obliga al jurista a buscar nuevas técnicas y a ofrecer soluciones nuevas para problemas nuevos, aunque, en la mayoría de las ocasiones, las necesidades subsisten y sólo cambian las formas.

No puede negarse que la institución del dominio público nunca se ha

(35) J.-B. AUBY: «Le mouvement de banalisation», cit., pág. 5. Al respecto, C. LAVIALLE: *L'article 13 de la Loi du 5 janvier 1988 et l'évolution du droit de la domanialité publique*, «Cahiers Juridiques de l'électricité et du gaz» (1988), pág. 163.

(36) J. BARCELONA LLOP: *Novedades en el régimen jurídico del dominio público en Francia*, núm. 137 de esta REVISTA (1995), págs. 549 ss.; y M. FRANCH I SAGUER: *Imbricación de dominio público y privado*, núm. 139 de esta REVISTA (1996), págs. 419 ss.

(37) J. BARCELONA LLOP: *Novedades en el régimen jurídico*, cit., pág. 558.

(38) Esta incoherencia puede observarse incluso en el origen histórico del dominio público, como he tenido ocasión de explicar en mi monografía *Minas. Régimen jurídico de las actividades extractivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, especialmente págs. 185 a 196. Un buen resumen de todas las posturas y del estado de la cuestión lo ofrece F. SAINZ MORENO: *El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la «Revista de Administración Pública»*, núm. 150 de esta REVISTA (1999), págs. 477 a 514.

caracterizado por su uniformidad, ya que las cualidades teóricamente predicables del dominio no se encuentran en todos los bienes que forman parte de él y, si concurren, no tienen la misma intensidad, partiendo de la famosa *escala de la demanialidad* ideada por DUGUIT (39). *Pero, si no podemos delimitar con claridad un régimen jurídico común para los bienes de dominio público, quizás deberíamos concluir que el dominio público es, como dice la doctrina alemana, una simple etiqueta vacía de contenido, una técnica hueca* (40).

No es de extrañar, en esta coyuntura, que la doctrina más reciente haya propugnado la necesidad de depurar el dominio público y, en general, las tesis sobre los bienes públicos. A mi juicio, esta reconstrucción debe realizarse sobre dos pilares complementarios:

a) Por un lado, la superación de *confusas e injustificadas diferencias entre unos bienes de dominio público y otros patrimoniales*, lo cual pasaría por unificar el régimen jurídico de los bienes de titularidad de la Administración pública (41), pero sobre todo *por redefinir cuál debe ser la finalidad y el régimen jurídico de la propiedad pública no afectada, así como, en último extremo, la propia aceptación de una titularidad de bienes públicos que no se encuentre materialmente afectada a alguna finalidad pública*.

b) Por otro lado, la regulación de un *nuevo concepto de cosa pública que pivote exclusivamente en torno a la afectación* para englobar a todos aquellos bienes que, con independencia de su titularidad en manos públicas o privadas, se encuentren afectados a un servicio de interés general o a una finalidad pública. Porque es, precisamente, la afectación lo que reviste a dichos bienes, en tanto que soporte material para un destino público, *de un régimen exorbitante pero condicionado en todo momento a dicha afectación*, es decir, no absoluto ni immanente al bien. Como ocurre en Derecho alemán, un gran número de cosas públicas son también de titularidad pública, pero ello no cierra la puerta a que también la propiedad privada pueda estar afectada y, por ende, protegida con un manto de garantías y exorbitancias jurídico-públicas.

(39) Justamente, la formulación de la teoría de L. DUGUIT: *Traité de Droit Constitutionnel*, París, 1930, aspiraba a eliminar la distinción entre dominio público y patrimonio privado de la Administración.

(40) De H.-J. PAPIER: *Recht der öffentlichen Sachen*, De Gruyter Verlag, 3.^a ed., Berlín, 1998, pág. 8, he tomado la expresión de «técnica hueca». En nuestro país, A. GALLEGU ANABITARTE, en «Los cuadros del Museo del Prado», en ob. col. *Administración y Constitución. Estudios en homenaje al profesor Mesa Moles*, Presidencia del Gobierno, Madrid, 1982, pág. 235, mostraba su preocupación por esta hipertrofia del dominio público, reprochando este *totum revolutum* donde desaparece «lo único que da precisión, autonomía y justificación al saber jurídico frente a los saberes prudenciales, esto es, la forma jurídica». Nuevamente sobre estas cuestiones en el estudio preliminar de A. GALLEGU ANABITARTE al libro de J. BERMÚDEZ SÁNCHEZ: *Obra pública y medio ambiente. El Estado y la Administración ante el territorio*, Marcial Pons, 2002 págs. 11 a 47.

(41) En esta línea, Ph. YOLKA: *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, LGDJ, París, 1997, se ha mostrado partidario de englobar en un concepto amplio de propiedad pública todos los casos en que la Administración pública es titular de un bien, en la idea de que todos los bienes de titularidad pública se encuentran afectados al cumplimiento de los fines y las políticas públicas.

Esta reflexión irá configurando mi propuesta de «obligaciones de dominio público», paralela al concepto del servicio público universal, que nace para adaptarse a este contexto desregulador y competitivo en el que nos encontramos.

1. *Redefinición de los bienes patrimoniales: la STC 166/1998, de 15 de julio. ¿Un debilitamiento de las potestades públicas?*

La incoherencia del sistema nos muestra otra de sus facetas en el olvidado régimen de los bienes patrimoniales, objeto recientemente de una completísima monografía de CHINCHILLA MARÍN, que ha venido a colmar la laguna originada por la falta de estudios específicos sobre el Patrimonio del Estado (42).

Me han parecido especialmente interesantes sus conclusiones gestadas a partir de un análisis detallado del Inventario de Bienes de la Dirección General del Patrimonio del Estado, que proporciona, a juicio de la autora, una «visión realista de los bienes públicos». De este inventario llama la atención la abrumadora mayoría de bienes calificados como demaniales, de modo que «prácticamente todo es dominio público en los bienes inmuebles de la Administración del Estado y hay que buscar casi con lupa para encontrar algún bien calificado como patrimonial». Por eso, la autora concluye que la noción de afectación al servicio público no tiene límites y se identifica, prácticamente, con cualquier cosa que tenga que ver con lo público (43).

No obstante, me parece decisivo el segundo dato que aporta a su investigación, y es que bienes que sirven al mismo fin tienen una clasificación distinta, de lo cual resulta que la naturaleza —patrimonial o demanial— del bien viene determinada por el título que se tiene sobre el bien (propiedad o arrendamiento, por ejemplo) y no por el destino del mismo (44). Y habla de prejuicios dogmáticos para explicar esta situación, ya que, en efecto, los bienes patrimoniales que se califican como tales lo son por estar adscritos a Administraciones no territoriales o bien por estar arrendados por el Estado, y ello ante la imposibilidad jurídica, no exenta de paradojas, de que los Entes no territoriales sean titulares de dominio público, y ante la incompatibilidad del dominio público con otro título que no sea la propiedad.

La famosa STC 166/1998, de 15 de julio, a propósito del privilegio de inembargabilidad, confirmó la relativización o el pragmatismo del régimen de los bienes patrimoniales, ya iniciado a raíz de la reforma de la LHL por Ley 66/1997, de 30 de diciembre (45). No voy a profundizar aquí

(42) C. CHINCHILLA MARÍN: *Bienes patrimoniales del Estado*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

(43) *Ibidem*, pág. 170.

(44) *Ibidem*, pág. 171.

(45) En realidad, la existencia de bienes patrimoniales afectos no es desconocida en nuestro ordenamiento. Piénsese en los Patrimonios Municipales del Suelo, denominados «patrimonios separados» por su destino a la obtención de reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública y para facilitar la ejecución del planeamiento (art. 278.1 TRLS 92).

en el contenido del *privilegium fisci* (46), sino que me centraré en las consecuencias sobre el proceso «desmitificador» que ocupa ahora mi atención. Hace ya años que MENÉNDEZ REXACH puso de manifiesto esta difuminación de la diferencia entre bienes de dominio público y patrimoniales, destacando que se había roto el dualismo entre ambas categorías, y lo consideraba como una «consecuencia o manifestación concreta de la quiebra del dualismo “actividad administrativa pública en sentido formal” (poder público, resoluciones unilaterales, contratos administrativos, en definitiva, Derecho público), frente a la actividad puramente privada de las organizaciones administrativas (ánimo de lucro, contratos y negocios jurídicos ordinarios, Derecho privado)» (47).

A mi juicio, la STC 166/1998 confirma que la afectación a un uso o servicio público no es monopolio exclusivo del dominio público y que, al contrario, es perfectamente compatible con un régimen de propiedad privada de los bienes. Por eso, los «bienes patrimoniales afectos» mantienen el privilegio de la inembargabilidad.

Pues bien, con este mismo argumento considero que serían extensibles otros privilegios y limitaciones de la vieja categoría del dominio público a los bienes materialmente afectos, con independencia de su titularidad. Desde luego, si la inalienabilidad de los bienes se vincula exclusivamente con la afectación, como ha puesto de relieve la doctrina (48), nada obsta a que los

(46) Comentarios a esta sentencia en R. FERNÁNDEZ MONTALVO: *Comentario a la STC 166/1998, de 15 de julio. Inconstitucionalidad y nulidad del inciso «y bienes en general» del artículo 154.2 de la Ley 39/1998, de 28 de diciembre, no excluye la inembargabilidad de los bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público*, «Poder Judicial», núm. 51 (1998), págs. 685 ss.; J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR: *El privilegio de la inembargabilidad ante el Tribunal Constitucional (un comentario a la STC 166/1998, de 15 de julio)*, «REALA», núm. 278 (1998), págs. 11 ss.; A. RUIZ OJEDA: *La ejecución de condenas pecuniarias y el embargo de dinero y bienes de la Administración tras la nueva Ley de lo Contencioso y la Sentencia 166/1998, del Tribunal Constitucional*, «REDA», núm. 103 (1999), págs. 423 ss.; L. A. BALLESTEROS MOFFA: *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el privilegio de la inembargabilidad de los bienes y derechos públicos. Comentario a la STC 166/1998, de 15 de julio*, núm. 148 de esta REVISTA (1999), e *Inembargabilidad de bienes y derechos de las Administraciones públicas*, Editorial Constitución y Leyes, Madrid, 2000; A. FANLO LORAS: *El alcance del principio de inembargabilidad de los bienes y derechos de las Entidades locales: a propósito de la STC 166/1998, de 15 de julio*, «Justicia Administrativa», núm. 3 (1999), págs. 35 ss.; E. COLOM PIÁZUELO: *Los bienes públicos y su estatuto jurídico: reflexiones en torno a la inconstitucionalidad del principio de inembargabilidad de los bienes públicos declarada por la STC 166/1998, de 15 de julio*, «Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional» (1999), págs. 17 ss.; B. ANDRÉS CIURANA (y otros): *Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1998, de 15 de julio. Revisión de la constitucionalidad de los privilegios de la Administración local en la ejecución de sentencias*, «Revista General del Derecho», núm. 656 (1999), págs. 6013 a 6028; O. MIR PUIGPELAT: *¿El fin de la inembargabilidad de los bienes patrimoniales de las Administraciones públicas? Comentario a la STC 166/1998, de 15 de julio*, «Autonomías. RCDP», núm. 25 (1999), págs. 119 ss.; M.^a J. GARCÍA GARCÍA: «El embargo de bienes patrimoniales de las entidades locales: examen de la STC 166/1998, de 15 de julio», en ob. col. J. M. BAÑO LEÓN y J. CLIMENT BARBERÁ (coords.): *Nuevas perspectivas del régimen local. Estudios en homenaje al profesor Boquera Oliver*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 975 ss.

(47) A. MENÉNDEZ REXACH: *Reflexiones sobre el significado actual de los patrimonios públicos*, «Ciudad y Territorio», núms. 95-96 (1993), pág. 212.

(48) Por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Dos estudios sobre la usucapción en Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, pág. 103.

bienes afectos, es decir, con «obligaciones de dominio público», sean inalienables mientras se encuentren afectados, para garantizar su afectación. Por lo que respecta a la imprescriptibilidad, debe recordarse que no se predica con la misma extensión ni siquiera entre los bienes de dominio público (téngase en cuenta el ejemplo de las vías pecuarias), y que se extiende a otros bienes no demaniales (como los montes catalogados). Por tanto, es igualmente una garantía de la afectación.

Téngase en cuenta, además, que la famosa «terna» de privilegios no es inmutable ni absoluta, como se desprende del propio enunciado constitucional cuando reserva a la ley un régimen jurídico para el dominio público *inspirado en* los principios de inembargabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad (art. 132.1 CE). Por eso, tales principios son modulables por ley y no son exclusivos del dominio público.

En cualquier caso, esta doctrina constitucional proporciona un *indicio más de la difusión progresiva o potencialidad expansiva* (STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 4.º) del régimen exorbitante del dominio público que se extiende, total o parcialmente, sobre un número cada vez mayor de bienes (49). Con esta construcción queda claro que los bienes patrimoniales (de propiedad privada) son, en el momento presente, *los únicos que permiten compaginar una finalidad lucrativa o financiera con ciertos privilegios exorbitantes derivados de la afectación*. En el trabajo antes citado, que hoy contemplamos casi como premonitorio, MENÉNDEZ REXACH reconocía que *«hay bienes patrimoniales que, sin perder esa condición, no se gestionan con miras pura o predominantemente lucrativas, sino con la finalidad de contribuir a la realización de los fines públicos de la Entidad titular de los mismos»* (50).

Sin embargo, mientras no exista una Ley reguladora del estatuto de los bienes públicos, resulta muy dudosa la extensión de los privilegios de la propiedad pública a otros bienes de distinta naturaleza. Es más: ni siquiera puede afirmarse que la doctrina constitucional en torno al privilegio de la inembargabilidad exceda del ámbito local, aunque sus conclusiones hayan intentado generalizarse, como en la STS de 19 diciembre 2001, y de hecho algunas leyes autonómicas de patrimonio han hecho caso omiso de esta interpretación (51).

(49) Así lo ha declarado, en Francia, Y. GAUDEMET: *El futuro del derecho de las propiedades públicas*, «Revista Andaluza de Administración Pública», núm. 40 (2000), pág. 13 (traducción al español por J. A. CARRILLO DONAIRE de la versión original publicada en *Mélanges en honor del Prof. François Terré*, Dalloz, 1999).

(50) A. MENÉNDEZ REXACH: *Reflexiones sobre el significado actual de los patrimonios públicos*, cit., pág. 213.

(51) La STC 166/1998 dio lugar a una modificación del artículo 154.2 LHL, pero no ha alcanzado a modificar las demás leyes estatales y autonómicas sobre patrimonio (recuérdense, al respecto, las ilustrativas palabras del Preámbulo de la Ley Jurisdiccional de 1998 sobre la necesidad de una Ley general reguladora de los bienes públicos). Por citar un ejemplo concreto, el artículo 44 de la Ley del Patrimonio de Aragón, cuyo Texto Refundido fue aprobado por Decreto Legislativo 2/2000, de 29 de junio, sigue reconociendo el privilegio de la inembargabilidad para los bienes patrimoniales autonómicos (art. 44). No obstante, la STS de 29 enero 1999 (RJ 1999, 573) parece extender la doctrina constitucional sobre la inembargabilidad a los bienes patrimoniales de los organismos públicos de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

Durante la corrección de pruebas de este trabajo se ha publicado el Proyecto de Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas («BOCG», núm. 142-1, de 22 de abril de 2003), base para una «política global relativa a la gestión de los bienes públicos», según declara su Exposición de Motivos. Pues bien, el Proyecto recoge el privilegio de inembargabilidad de los bienes patrimoniales «materialmente afectos» (art. 30.3), aunque inexplicablemente este precepto no se considere de aplicación general ni básica de acuerdo con la disposición final segunda.

2. *La inadaptación de la propiedad pública al Estado autonómico*

Otra faceta de la corriente desmitificadora de la propiedad pública tiene que ver con las críticas vertidas contra la inadaptación de la titularidad demanial al Estado autonómico.

Desde esta perspectiva, se defiende que el dominio público constituye *una atribución artificiosa de un título competencial al Estado basado en la propiedad pública* (52). Para este sector doctrinal, por tanto, debe rechazarse la idea de que la titularidad del dominio público atribuye a su propietario un contenido autónomo de potestades (53). Lo cierto es que el Tribunal Constitucional se ha movido aquí en una línea oscilante y contradictoria, negando unas veces que la titularidad del dominio público constituya un título competencial en favor del Estado (STC 227/1988), pero acudiendo otras a la propiedad de los bienes integrantes del dominio público para justificar determinadas competencias (o «facultades», como si no se atreviera a llamarlas por su nombre) del Estado (54).

Esta cuestión, empero, no puede resolverse de modo absoluto, pues nuestro modelo competencial es imperfecto y no habrá ni un solo caso en que sobre un mismo sustrato físico no concurren las competencias horizontales de distintas Administraciones públicas. De entre todas las competencias concurrentes, la propiedad del bien no será sino un factor más a tener en cuenta en las necesarias fórmulas de coordinación o cooperación interadministrativas. La prioridad de unas sobre otras vendrá dada por la materia de que se trate y por la índole de los intereses afectados, pero está

(52) En este sentido, J. V. GONZÁLEZ GARCÍA: *Titularidad de los bienes de dominio público*, Marcial Pons, Madrid, 1998, *in totum*.

(53) La doctrina española, empero, parece resistirse a abandonar por completo una vinculación necesaria entre propiedad pública y título competencial, defendiendo que el Estado, en tanto que propietario o titular de bienes de dominio público, mantendría potestades para: a) la protección y el deslinde de sus bienes; b) el establecimiento de reservas; c) criterios para la utilización de los bienes, y d) facultades de inspección y policía. En este sentido, M. BELADIEZ ROJO: «Problemas competenciales sobre la zona marítimo-terrestre y las playas», en ob. col. *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, IV, Civitas, Madrid, 1991, pág. 3681; J. R. CALERO RODRÍGUEZ: *Régimen jurídico de las costas españolas*, Aranzadi, 1995, pág. 99.

(54) Un buen resumen del estado de la cuestión en la reciente STC 204/2002, de 31 de octubre, en recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Acompañamiento de 1996 (Ley 13/1996, de 30 de diciembre), y en referencia a las competencias estatales sobre los aeropuertos (FF.JJ. 29 y 30).

claro que «alguna potestad» deriva del hecho de ser propietario del bien, aunque únicamente sea la legitimación a efectos del procedimiento administrativo o la condición de sujeto pasivo de una expropiación.

3. *Alguna otra incongruencia: la polémica sobre el enjuiciamiento jurisdiccional de los bienes demaniales*

En la comentada STS de 19 de diciembre de 2001 subyace un conflicto clásico en torno a la jurisdicción competente para conocer de los asuntos relacionados con «la propiedad» de los bienes públicos.

La jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo parece inclinarse, en efecto, por atribuir al orden jurisdiccional civil la competencia sobre los aspectos «de fondo» que tengan que ver con el ejercicio de las potestades administrativas como el deslinde. Y así, las SSTs de 5 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8739) y de 8 de febrero de 1991 (RJ 1991, 783) recuerdan que «*la Administración no puede perturbar una situación posesoria si no es acudiendo previamente a un juicio reivindicatorio, como cualquier otro propietario, por el artículo 348 del Código Civil, porque todo lo que concierne al dominio o a su reivindicación (...) compete a la jurisdicción ordinaria y a ella corresponde juzgarlo*». Ello no obstante, no faltan sentencias que han adoptado un concepto muy extenso de «*cuestiones de procedimiento*», lo cual ha abierto la puerta a que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo pueda enjuiciar la adecuación de ciertas situaciones jurídicas civiles (derechos inscritos, posesión pacífica de un tercero) a los procedimientos administrativos. Así se desprende de la STS de 8 de octubre de 1999 (RJ 1999, 6755).

Hace ya algunos años que BERMEJO VERA publicó un trabajo sobre el enjuiciamiento jurisdiccional de los bienes demaniales, donde denunciaba la atribución al orden jurisdiccional civil de las cuestiones referentes a la titularidad del dominio público con ocasión del ejercicio de potestades administrativas como el deslinde (55). En efecto, no parece muy razonable encomendar a distintos órdenes jurisdiccionales el conocimiento de las cuestiones litigiosas sobre el reintegro o deslinde de un determinado bien y su pertenencia o no al dominio público. En defensa de su tesis, BERMEJO pone de manifiesto la plena integración de la jurisdicción contencioso-administrativa en el poder judicial desde la vieja Ley Jurisdiccional de 27 de diciembre de 1956.

Dicha afirmación quedaría hoy reforzada por lo dispuesto en la Constitución y en la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 julio 1998, que, además de atribuir a la jurisdicción contencioso-administrativa todas «*las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho administrativo*» (art. 1.1 LJ), extiende la compe-

(55) J. BERMEJO VERA: *El enjuiciamiento jurisdiccional de la Administración en relación con los bienes demaniales*, núm. 83 de esta REVISTA (1977).

tencia de este orden jurisdiccional al conocimiento y decisión de todas las cuestiones prejudiciales e incidentales que se planteen «*no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter constitucional y penal*» (art. 4.1 LJ).

Han transcurrido algunos años desde la publicación de este trabajo y, en este período, ha habido avances como los introducidos por la Ley de Costas y la Ley de Vías Pecuarias en relación con los efectos del deslinde, pero el problema de la dualidad jurisdiccional de los bienes públicos no ha desaparecido.

Es más, a la vista del proceso actual de despubblicación y privatización, parece lógico pensar que los conflictos competenciales en torno a la jurisdicción competente van a agudizarse. Y la nueva categoría introducida por el Tribunal Constitucional, de bienes patrimoniales afectos a usos y servicios públicos, abre nuevas posibilidades a una fuga masiva de conflictos vinculados con la inevitable superposición de un régimen de afectación pública sobre una categoría de propiedades privadas. Además, estos conflictos no se limitan a los bienes de titularidad pública, sino que también afectan a los de titularidad privada, desde el momento en que se ha generalizado la participación y financiación privada en la construcción de las grandes redes de infraestructuras o, en general, se ha extendido la participación de los particulares en el ejercicio de funciones públicas, como expondré en el epígrafe siguiente.

Y de aquellos polvos vienen estos lodos, ya que al problema del enjuiciamiento civil de las cuestiones de propiedad relativas a los bienes públicos se une otro conflicto, como es el de la subsistencia o derogación de los interdictos civiles frente a la vía de hecho de la Administración (hoy reconducibles a los trámites del juicio verbal de los artículos 437 a 447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que eventualmente podrían interponerse ante un ejercicio abusivo de las prerrogativas administrativas, excepto en aquellos casos en los que estén expresamente excluidos. Pues bien, la doctrina mayoritaria parece pronunciarse en contra de la supresión de la vía interdictal y en favor de considerar el nuevo recurso contencioso-administrativo contra la vía de hecho como una «tutela reforzada» de la vía civil (56), con la excepción de alguna postura crítica que comparto plenamente (57).

De hecho, el Proyecto de Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas prohíbe el ejercicio de la acción para la tutela sumaria regulada

(56) Con matices, F. LÓPEZ MENUDO: *Comentario al artículo 30 de la LJCA*, «REDA», núm. 100 (1998), pág. 322, niega que los interdictos hayan desaparecido de nuestro sistema, si bien reconoce que «*una tal solución hubiera sido bien recibida*».

(57) A juicio de S. GONZÁLEZ-VARAS: *Comentario al artículo 32 de la LJCA*, «REDA», núm. 100 (1998), págs. 338 y 339, el conocimiento de la jurisdicción civil en el supuesto de vía de hecho «*deja de justificarse*». Por su parte, A. B. GÓMEZ DÍAZ: *Interdictos contra la Administración: sobre su vigencia y perspectivas*, «Actualidad Jurídica Aranzadi», núm. 433 (2000), se muestra partidaria de abandonar «*de modo definitivo la vieja afección mitómana por lo interdictal*», si bien advierte de algunos de sus riesgos, especialmente las graves imperfecciones técnicas y ambigüedades de la LJCA. Por cierto que la reforma de la Ley de Expropiación Forzosa operada por la última Ley de Acompañamiento podría haber aprovechado la ocasión para retocar la expresión de «*interdictos de retener y recobrar*», que sigue apareciendo en su artículo 52.6 y que no se adapta a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

en la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien mantiene la competencia de la jurisdicción civil para todos los asuntos que sobre propiedad u otros derechos de naturaleza civil se planteen con ocasión de las facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos (art. 43).

4. *Mitos y falacias de los bienes públicos*

A la vista del panorama descrito, creo que el régimen de los bienes públicos, articulado sobre una división —ya muy desdibujada— entre unos bienes patrimoniales y unos bienes de dominio público, es, en la actualidad, un espejismo construido alrededor de los siguientes «mitos» (en expresión que emplea la propia STC 166/1998, FJ 11):

a) *La falacia de la protección y de los privilegios*, pues éstos también se aplican a los bienes patrimoniales e, incluso, son objeto de matización en función de quién sea la Administración titular, como se deduce de la STS de 3 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7391), que admite la legalidad de una expropiación de bienes comunales realizada por el Estado. Al fin y al cabo, la desafectación no es más que un trámite para guardar las apariencias cuando se pretende obtener una rentabilidad de la gestión privada del dominio público.

No deja de resultar significativo que el nuevo Proyecto de Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas considere que uno de los principios básicos de la gestión y administración del dominio público sea el de la «desafectación, en cuanto dejen de ser necesarios para el uso general o el servicio público» (art. 6).

b) *La falacia de la afectación*, pues también los bienes patrimoniales, debido a prejuicios dogmáticos o relacionados con la rentabilidad, están afectos a usos y servicios públicos sin que por ello cambie su calificación jurídica, como ha explicado bien CHINCHILLA MARÍN en la monografía citada.

c) *La falacia de la concesión*, pues ésta ha permitido una patrimonialización de derechos en manos privadas más intensa, incluso, que el derecho de propiedad pleno (58).

d) Y, por último, *la falacia de la titularidad*, ya que, como ha aceptado el propio Tribunal Constitucional, la titularidad de los bienes cede ante el sistema de reparto competencial derivado del Estado autonómico.

En cualquier caso, la reconstrucción del derecho de los bienes públicos no es una tarea que corresponda al Tribunal Constitucional ni a la jurisprudencia, sino al legislador. Así se deduce claramente de la Exposición de Motivos de la LJ, cuando afirma que «*la Ley regula la forma de ejecutar las*

(58) En esta línea, J. L. BARTOLOMÉ NAVARRO y A. GARCÉS SANAGUSTÍN: *Consideraciones en torno a algunos aspectos relacionados con la gestión institucional del agua*, «RARAP», núm. 9 (1996), pág. 65, emplearon la expresión «falacia de la demanialización» para afirmar que la técnica concesional ha ocasionado una rígida privatización de las aguas.

sentencias que condenan a la Administración al pago de cantidad, sin eliminar la prerrogativa de inembargabilidad de los bienes y derechos de la Hacienda pública, ya que dicha modificación no puede abordarse aisladamente en la Ley jurisdiccional, sino —en su caso— a través de una nueva regulación, completa y sistemática, del estatuto jurídico de los bienes públicos». Es necesaria, por tanto, una Ley general que regule el estatuto de los bienes públicos, que, a mi juicio, podría corresponder al Estado en virtud, principalmente, del título competencial del artículo 149.1.18.º CE, que le atribuye las «bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas» y que, entre otras cuestiones, ha permitido regular un estatuto básico común para los bienes de las Entidades locales (59). Esta Ley podría definir un estatuto jurídico unitario para todos los bienes de titularidad pública, especialmente la extensión de las potestades y prerrogativas públicas y los instrumentos para su protección.

Como he apuntado, el reciente Proyecto de Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas parece obedecer a esta inquietud unificadora y globalizadora, al destacar en su Exposición de Motivos que una de las preocupaciones fundamentales ha sido «superar el fraccionamiento de los sistemas de administración de los bienes públicos y coordinar su gestión con el conjunto de políticas públicas», eliminando así la inseguridad jurídica que genera tener que extraer las bases de la legislación sobre patrimonio por vía interpretativa. Sin embargo, una inicial lectura del Proyecto de Ley permite observar algunas lagunas que rompen con la pretendida generalidad y homogeneización de su ámbito de aplicación, ya que numerosos aspectos del régimen patrimonial, como las mutaciones demaniales (arts. 71 ss.), la afectación y la desafectación (arts. 65 ss.) o la adscripción (arts. 73 ss.) continúan limitados al Patrimonio del Estado.

V. DESAMORTIZACIÓN Y ABANDONO DE LOS BIENES PÚBLICOS. LAS DEMANDAS DE RENTABILIZACIÓN DE LOS PATRIMONIOS PÚBLICOS

La corriente neoliberalizadora que defiende la extensión al Derecho administrativo de las formas y métodos de gestión típicos del sector privado ha alcanzado a las propiedades públicas. La novedad consiste en la toma de conciencia sobre el valor económico de los patrimonios públicos y la voluntad de racionalizar y rentabilizar su gestión, entendida como una explotación rentable (60).

(59) No obstante, resulta cuando menos dudoso que el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, pueda considerarse una *norma básica*. De hecho, algunas Comunidades Autónomas han elaborado su propia normativa sobre bienes de las Entidades locales, que supuestamente habría desplazado al Reglamento estatal (véase, por ejemplo, el reciente Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Aragón, aprobado por Decreto 347/2002, de 19 noviembre). Dudas que, obviamente, surgen ante la imposibilidad de fijar criterios universales sobre la amplitud y los límites de las bases estatales.

(60) En este sentido, Y. GAUDEMET: *El futuro del Derecho de las propiedades públicas*, cit., págs. 11 ss. Resulta interesante igualmente el documento del Consejo de Estado fran-

En los últimos años se ha producido un general abandono de las propiedades públicas, caracterizado por un auténtico «proceso desamortizador» en el que los patrimonios públicos son objeto de privatización para obtener una rentabilidad inmediata, lo cual, desde el punto de vista jurídico-administrativo, puede realizarse adoptando diversas modalidades, no sólo a través de su enajenación directa, sino mediante formas indirectas de privatización como su adscripción a entes instrumentales sometidos al Derecho privado o, incluso, su cesión a sociedades de titularidad pública. Tampoco la calificación de los bienes como de dominio público o comunales parece ser obstáculo a su privatización; en realidad, *el principio de inalienabilidad de las propiedades públicas se solventa con un simple trámite de desafectación*. Por otro lado, la crisis de ciertas actividades tradicionales ha conducido a un gravísimo deterioro y dejación de ciertos bienes públicos, como ocurre con las vías pecuarias o incluso con las infraestructuras ferroviarias, bienes cuya titularidad pública no ha evitado la degradación absoluta de su destino e incluso de su integridad física.

Uno de los sectores demaniales últimamente afectados por esta «economización» es el agua, los recursos hídricos, que, como se sabe, han sido objeto de un debate abierto sobre la conveniencia o no de su apertura al mercado, unido a la polémica sobre el precio del agua que choca con prejuicios dogmáticos sobre su titularidad pública (61). El proceso culminó con la reforma de la Ley de Aguas por Ley 46/1999, de 13 de diciembre, y, finalmente, con un Texto Refundido de la Ley aprobado por R. Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio. La discusión se ha centrado en si la nueva Ley pretendía introducir realmente un «mercado del agua» o, por el contrario, una simple regulación de las transmisiones «de los derechos que posibilitan la utilización del agua». Los defensores de la reforma afirman que no se ha pretendido instaurar un sistema de «transacciones que versen sobre el recurso en sí mismo», lo cual no tendría acogida en un sistema jurídico como el español que declara el agua como dominio público (62). La polémica novedad introducida por la reforma de 1999 consistió en la posibilidad de transmitir «derechos de uso» o «volúmenes anuales» de agua por los titulares de aprovechamientos privativos de aguas, que es, por cierto, una modalidad de transmisión sobradamente conocida en la legislación sobre minas (63).

cés *Réflexions sur l'orientation du droit des propriétés publiques* («Rapport Conseil d'État», 1987).

(61) Me remito a los trabajos contenidos en el libro de A. EMBID IRUJO (dir.): *Precios y mercados del agua*, Civitas, Madrid, 1996, y R. MARTÍN MATEO: *El agua como mercancía*, núm. 152 de esta REVISTA (2000), págs. 7 ss.

(62) Véase, por todos, A. EMBID IRUJO: *El mercado del agua. Consideraciones jurídicas en torno al Proyecto de Reforma de la Ley de Aguas*, «Gestión Ambiental», núm. 7 (1999), págs. 1 ss., y, más recientemente, *Evolución del Derecho y de la política del agua en España*, núm. 156 de esta REVISTA (2001), págs. 59 ss., y en la monografía, por él dirigida, *El derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del Tercer Milenio* (2 vols.), Civitas, Madrid, 2002.

(63) La legislación minera permite, en efecto, tanto el arrendamiento y gravamen de los títulos mineros como la cesión de niveles de aprovechamiento. Véase lo desarrollado en

Otro sector que está siendo objeto de explotación rentable, y no ha pasado desapercibido a los Ayuntamientos, es el del subsuelo, especialmente en el ámbito local y para la construcción de aparcamientos subterráneos (64). La utilización del subsuelo se ha perfilado, además, por una reciente jurisprudencia que la ha desvinculado del régimen patrimonial, encauzándola hacia su afectación a los servicios públicos. Y así, la importante STS de 6 de mayo de 1999 (RJ 1999, 4300) reconoce que la actividad de aparcamiento público prestada por particulares en régimen de concesión sobre terrenos de dominio público es un «servicio público municipal», conectado con la competencia sobre la ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas —art. 25.2.b) LRBRL—, con lo cual el Tribunal Supremo estima que el plazo de duración de la concesión debía ser de cincuenta años, y no de noventa y nueve, como el de las concesiones demaniales.

No es éste el lugar para hacer una reflexión profunda sobre el régimen jurídico del subsuelo, necesitado, desde luego, de una nueva lectura más acorde con la planificación urbanística. Citaré, no obstante, una reciente *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de abril de 2002* (RJ 2002, 8121), que ha admitido la procedencia de inscripción de la unidad registral subterránea constituida por un volumen edificable bajo suelo público, eso sí, previa desafectación. En efecto, la DGRN considera que el uso privativo del subsuelo para construir un aparcamiento de dos plantas, promovido por el Ayuntamiento de Oviedo, no perjudica el carácter demanial del suelo, aplicando la normativa sobre propiedad horizontal a la unidad subterránea separada.

Aquí me referiré someramente a otros dos ejemplos de liberalización o «economización» de bienes públicos:

- 1) la titularidad privada de infraestructuras y su financiación privada (*privatización material*), y

mi libro *Minas. Régimen jurídico de las actividades extractivas*, cit., págs. 331 ss., donde destacaba ya esta pequeña paradoja derivada del hecho de que los recursos mineros constituyen una auténtica propiedad privada del explotador y que la finalidad de la concesión minera es su puesta en el mercado (especialmente, págs. 209 y 210). Recientemente ha reiterado esta idea I. MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO: «Obras públicas hidráulicas y desalación de las aguas marinas: algunas acotaciones al talante privatizador de la última reforma de la Ley de Aguas», en ob. col. *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 312, en nota.

(64) R. ARNAIZ EGUREN: *Los aparcamientos subterráneos*, Civitas, Madrid, 1993, y, mucho antes, G. DUPOY: *Parkings souterraines et domaine public*, «La revue administrative» (1965), págs. 192 a 194. En general sobre el régimen jurídico del subsuelo, I. GONZÁLEZ RÍOS: *El subsuelo, el vuelo y los espacios libres y zonas verdes*, Comares, Granada, 2002; J. CUESTA REVILLA: *El subsuelo urbano: Una aproximación a su naturaleza y a su régimen urbanístico*, Jaén, 2000; B. NOGUERA DE LA MUELA: «El subsuelo. Tramos urbanos y estaciones», en ob. col. MONTORO CHINER: *Las infraestructuras ferroviarias del III Milenio*, Cedecs, Barcelona, 1999; T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *La propiedad urbanística del suelo, el vuelo y el subsuelo*, «RVAP», núm. 41 (1995); L. PAREJO ALFONSO, *Algunas reflexiones sobre las cuestiones básicas del régimen jurídico del subsuelo*, «Revista Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales», núm. 109 (1996), págs. 437 ss., monográfico dedicado al subsuelo; A. NIETO: *El subsuelo urbanístico*, «REDA», núm. 66 (1990), págs. 187 ss.; F. SAINZ MORENO: *El subsuelo urbano*, núm. 122 de esta REVISTA (1990).

- 2) el abandono de propiedades públicas en manos de entes instrumentales sometidos al Derecho privado (*privatización formal*).

1. *Privatización material: construcción y financiación privada de grandes redes de infraestructuras públicas*

Los conflictos surgidos entre el régimen demanial y la construcción de infraestructuras han permitido concluir «la *inadaptación del dominio público a las necesidades de las políticas públicas*» (65). Por otro lado, si el concepto de servicio público se encuentra en una crisis permanente e inmerso en un proceso despublicador, queda pendiente analizar en qué consiste la afectación a aquellos servicios públicos que, en los últimos años, se han privatizado o desregularizado. Desde esta perspectiva ha podido defenderse la necesidad de hallar un criterio reductor de la demanialidad (66), también vinculado con una relectura de los principios clásicos de la responsabilidad administrativa (67).

En Francia, los problemas de la afectación del dominio público a los servicios públicos han dado lugar a un debate que se remonta ya al conocido *arrêt Société Le Béton*, de 1956, y que retomó el Consejo de Estado en su *arrêt Électricité de France*, de 23 de octubre de 1998, destacando una noción «funcional» del dominio público paralela a la privatización de los servicios (68).

Por eso, no es de extrañar que las tesis más restrictivas, flexibilizadoras de los bienes públicos, hayan surgido en el ámbito de la construcción de grandes infraestructuras de redes de comunicaciones, energía, transporte o telecomunicaciones, objeto de un proceso desregularizador de alcance comunitario, desde dos perspectivas complementarias:

- a) en primer lugar, ha surgido un nuevo *concepto amplio de infraestructura* que admite la posibilidad de su titularidad privada, con lo cual se pone en tela de juicio la concepción clásica que, con base en el artículo 339 del Código civil, define las obras públicas como bienes de dominio público, y
- b) en segundo lugar, se ha abierto la puerta a la *financiación privada de infraestructuras*, a través de sistemas diversos y originales fórmulas.

(65) Adapto el título de una interesante tesis doctoral de F. PETHIEUX: *L'inadaptation de la dominiabilité publique aux nécessités des politiques publiques*, Tesis doctoral microfichada, Montpellier, 1995.

(66) Y. GAUDEMET: *El futuro del derecho de las propiedades públicas*, cit., pág. 15.

(67) En este sentido, T. FONT I LLOVET: *Hacia la escala de la responsabilidad: primer paso, la anulación de actos discrecionales*, «REDA», núm. 106 (2000), pág. 240, considera que es lógico que, «en el contexto privatizador en que se mueve la actual reconsideración del papel de la Administración», se plantee traspasar al sector privado la responsabilidad misma sobre las infraestructuras, «de modo que la Administración puede llegar a liberarse a la vez de la obligación general de efectuar —cuando no incluso de financiar— dicha actividad», y «trasladar al empresario la responsabilidad por los daños producidos».

(68) Véase la interesante exposición de C. LAVIALLE: *Le domaine public: une catégorie juridique menacée?*, «RFDA», núm. 3 (1999), págs. 578 ss.

Ambas tesis se reflejan en las muy ilustrativas palabras de RUIZ OJEDA: «*el Estado ya no está, al menos en las sociedades modernas y vertebradas, para pagar todo lo que de un modo u otro merezca el calificativo de público ni tampoco para ser su dueño*» (69). Y, desde luego, las nuevas concepciones tienen necesariamente que afectar o repercutir sobre la tradicional institución del dominio público de las obras públicas.

A) *Infraestructuras privadas.*

Por lo que se refiere al primer punto, se ha afirmado que *el uso público y el aprovechamiento general no exigen necesariamente la titularidad pública de las obras y menos aún su calificación como dominio público* (70), con las consecuencias perturbadoras que ello produce en el tráfico jurídico y económico de unos bienes susceptibles de producir rentas e inversiones (71). La innecesariedad del régimen demanial se hace más patente en aquellos servicios públicos desregularizados, como las telecomunicaciones o los ferrocarriles. En definitiva, para este sector doctrinal no habría dificultad constitucional alguna para admitir unas infraestructuras de titularidad privada, abiertas al uso público, sobre las que la Administración dispondría únicamente de ciertas facultades de control sobre su uso, en orden a garantizar su apertura pública sin discriminaciones y de fijar la cuantía de la contraprestación económica a satisfacer por los usuarios.

Sin embargo, GONZÁLEZ SANFIEL destaca que la liberalización de los servicios públicos produce el efecto contrario, *es decir, realza el valor del dominio público*. A su juicio, la Administración pública, al verse privada de las potestades inherentes al servicio público, se refugia en otros títulos jurídicos, como el dominio público, para no perder totalmente su influencia sobre las actividades liberalizadas. En estos casos, «*las potestades demaniales pueden obstaculizar la finalidad liberalizadora que se persigue en cada caso*» (72). Y, además, la experiencia desreguladora en materia de

(69) A. RUIZ OJEDA: *Dominio público y financiación privada de infraestructuras y equipamientos*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 129.

(70) Curiosamente, sin embargo, la perspectiva histórica nos recuerda que la obra pública se vincula con el nacimiento mismo del dominio público, puesto que las nociones de dominio público, obra pública y servicio público están íntimamente relacionadas. Por todos, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Las obras públicas*, núms. 100-102, vol. III, de esta REVISTA (1983), págs. 2427 ss., y J. BERMÚDEZ SÁNCHEZ: *Obra pública y medio ambiente. El Estado y la Administración ante el territorio*, Marcial Pons, 2002.

(71) F. JIMÉNEZ DE CISNEROS: «Hacia un nuevo concepto de infraestructura pública/obra pública desligado del dominio público y del servicio público», en ob. col. ARIÑO & ALMOGERA ABOGADOS: *Nuevo derecho de las infraestructuras*, Montecorvo, Madrid, 2001, pág. 59; J. L. VILLAR EZCURRA: «Las infraestructuras públicas», en ob. col. G. ARIÑO ORTIZ: *Principios de Derecho público económico*, Comares, 2.^a ed., Granada, 2001, págs. 615 ss.; J. V. GONZÁLEZ GARCÍA: *Dos cuestiones sobre la compartición de las infraestructuras de telecomunicaciones*, núm. 153 de esta REVISTA (2000), págs. 351 ss.; e I. MORILLO-VELARDE PÉREZ: «El estatuto jurídico de los bienes. Las transformaciones del Derecho público de bienes: del dominio público a las cosas públicas», en ob. col. M. J. MONTORO CHINER (coord.): *Las infraestructuras ferroviarias del III Milenio*, Cedecs, Barcelona, 1999, págs. 35 ss.

(72) A. M. GONZÁLEZ SANFIEL: *Un nuevo régimen para las infraestructuras de dominio público*, Montecorvo, Madrid, 2000, pág. 230.

servicios plantea el problema de la aplicación de la libre competencia a la infraestructura demanial, que choca con el monopolio de la titularidad demanial (73).

En el ámbito jurídico-administrativo se habla ya de un nuevo concepto de infraestructura, que toma forma en la Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas (74). Su Exposición de Motivos nos recuerda que *«el protagonismo de las distintas Administraciones Públicas no debe ni puede excluir, sin embargo, para asegurar una mejor respuesta a las demandas de la sociedad, el papel relevante que corresponde a la propia sociedad civil en general y, en el plano económico, al empresario privado, colaborador obligado y tradicional de la Administración»*. De ahí que la Ley acuñe un concepto de obra pública como sinónimo de *«bien inmueble de interés público»*, en el que el concesionario asume el riesgo de su construcción, conservación y explotación, si bien la intervención de la Administración está justificada *«para evitar que el usuario, al que corresponde en última instancia la financiación total o parcial de la inversión realizada y el pago de la explotación de la obra, soporte un peaje o un canon desproporcionados, con quebranto manifiesto de la equidad»*.

El reciente Proyecto de Ley del Sector Ferroviario («BOCG», núm. 135-1, de 21 de marzo de 2003) incluye una regulación de las infraestructuras ferroviarias de titularidad privada (arts. 37 y 38), complementaria e incluso conectada a la Red Ferroviaria de Interés General; lo cual, evidentemente, altera el binomio histórico obra pública/dominio público.

B) *Financiación privada de infraestructuras.*

Por lo que se refiere al segundo aspecto, se relaciona con la crisis del régimen demanial desde el momento en que la ejecución y explotación de las grandes infraestructuras se considera una actividad económica rentable; y si es rentable, entonces no parece apropiado que se mantenga la financiación pública ni, por derivación, la titularidad pública. Si se rechaza la premisa mayor, es decir, que el uso público exija titularidad pública de las infraestructuras, entonces se llega a la conclusión de que el dogma de la inalienabilidad, la imprescriptibilidad y la inembargabilidad de las obras públicas produce más disfunciones que beneficios. La alternativa que se plantea es, pues: *rentabilidad* frente a *precariedad*, y, con estos presupuestos, el dominio público de la obra constituye un obstáculo inaceptable. En cualquier caso, RUIZ OJEDA destaca la rémora que supone el régimen demanial para la financiación privada de infraestructuras y equipamientos públicos; a su juicio, *«no es que el dominio público plantee*

(73) Sobre estas cuestiones, A. GONZÁLEZ SANFIEL: *Libre competencia en la infraestructura demanial*, «REDETI», núm. 4 (1999), págs. 29 ss.

(74) El Proyecto de Ley presentado por el Gobierno fue publicado en el «BOCG-Congreso», serie A, núm. 99-1, de 21 junio 2002, y aprobado por el Pleno del Congreso en sesión de 20 febrero 2003, sin modificaciones con respecto al texto del Dictamen de la Comisión de Infraestructuras publicado en el «BOCG-Congreso», núm. 99-4, de 19 febrero 2003.

problemas de sensibilidad al cambio, sino que el dominio público es el problema» (75).

Como se sabe, la legislación contractual abrió una primera puerta para la financiación privada de obras públicas, al introducir los contratos de obras bajo la modalidad de abono total del precio, regulados por el artículo 147 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. En los últimos años se han ideado otras imaginativas fórmulas de financiación privada de infraestructuras, como la financiación presupuestaria indirecta, a través de agente interpuesto, o el denominado «peaje en sombra» (76). Suele citarse también la solución flexibilizadora del artículo 53.d) de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado, que, con sus sucesivas modificaciones, estableció que las obras construidas por los titulares de una concesión de dominio público portuario pasan a ser bienes demaniales una vez extinguida la concesión, lo cual alivia, a juicio de la doctrina, los mecanismos de financiación de tales obras de las severidades de la disciplina demanial. El ejemplo de los puertos es, además, ilustrativo de que la liberalización de los servicios portuarios no ha ido acompañada de una desaparición del sustrato material, del dominio público. Ello, como pone de manifiesto agudamente GONZÁLEZ SANFIEL, se explica porque la liberalización de los puertos tiene como finalidad «dejar las manos libres a la Administración», utilizando «las ventajas que a su favor le proporciona el Derecho privado» y escondiendo en la manga «los beneficios que le concede el Derecho público, esto es, las potestades demaniales» (77).

La regulación de las obras hidráulicas constituye otro claro ejemplo de esta tendencia, desde el momento en que el vigente artículo 123 de la Ley de Aguas admite que las obras hidráulicas puedan ser de titularidad privada. Por otro lado, la propia creación de sociedades mercantiles estatales para la construcción de obras públicas, y no sólo de las hidráulicas, impulsada por la famosa Ley 13/1996, de 30 de diciembre, constituye otra manifestación del amplio fenómeno de la privatización y un riesgo de huida del Derecho administrativo (78). En este ámbito se ha discutido, además, la naturaleza pública o privada de las aguas en tanto que vinculadas con determinadas obras hidráulicas gestionadas por sociedades estatales, como

(75) A. RUIZ OJEDA: *Dominio público y financiación privada*, cit., pág. 126.

(76) De todas ellas dan cuenta S. GONZÁLEZ-VARAS: *Privatización de infraestructuras*, «Derecho Privado y Constitución», núm. 15 (2001), págs. 217 ss., y F. AZOFRA VEGAS, *La financiación privada de infraestructuras públicas*, «REDA», núm. 96 (1997), págs. 543 ss.

(77) A. M. GONZÁLEZ SANFIEL: *Un nuevo régimen para las infraestructuras*, cit., pág. 231.

(78) Por eso, A. EMBID: «La evolución del Derecho de aguas y las características de la actual problemática del agua», en ob. col. *El nuevo Derecho de aguas: las obras hidráulicas y su financiación*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 70 ss., destacaba la necesidad de «establecer claramente los límites de esta privatización». En el mismo sentido, S. MARTÍN-RETORTILLO: *Las obras hidráulicas en la Ley de Aguas*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 81 y 82; J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ: *¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas? (A propósito de algunas innovaciones de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 1997)*, núm. 144 de esta REVISTA (1997), págs. 54 a 56; E. MALARET: «Las sociedades para la construcción de obras hidráulicas», en ob. col. *El nuevo Derecho de aguas: las obras hidráulicas y su financiación*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 97 ss.

es el caso de la desalación de aguas marinas, donde ha llegado a defenderse, salvo excepciones (79), el carácter privado del agua tras su desalación y su explotación con arreglo a criterios de rentabilidad (80).

La reciente Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas, que introduce un nuevo Título V en el Texto Refundido de la Ley de Contratos, declara expresamente que este contrato es compatible «con los distintos sistemas de financiación de las obras que en ella se regulan y con las aportaciones a que pudiera obligarse la Administración concedente». De hecho, se permite que el concesionario pueda recurrir a la financiación privada de la obra, bien apelando al crédito en el mercado de capitales, mediante la emisión de toda clase de obligaciones, bonos u otros títulos semejantes, bien mediante la incorporación de sus derechos a títulos negociables. Además, las concesiones de obras públicas serán hipotecables, previa autorización del órgano de contratación, fijándose no obstante ciertas garantías en el momento de la ejecución.

A mi juicio, y a la vista de este heterogéneo fenómeno despublificador, cabría defender la extensión de los privilegios de las propiedades públicas a estas infraestructuras destinadas al cumplimiento de los «servicios públicos propios» o «servicios universales», aplicando la misma tesis que, en su STC 166/1998, lleva al Tribunal Constitucional a defender la inembargabilidad de un grupo de bienes patrimoniales: la afectación. *La afectación, pues, supera el dato de la titularidad pública, y permite definir un régimen exorbitante para ciertos bienes, incluso en manos privadas.* Con ello, nos aproximamos mucho a la teoría alemana de las *öffentliche Sachen* (81). Si se prescindiera, además, de la tesis limitativa del dominio público al derecho real pleno, es decir, a la propiedad, no habría inconveniente en aplicar su régimen exorbitante a otros derechos reales distintos de la propiedad pública, precisamente para salvar estos casos en que la propiedad privada de las infraestructuras puede poner en peligro la continuidad del servicio universal (82).

(79) I. MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO: «Obras públicas hidráulicas y desalación de aguas marinas», cit., págs. 307 ss.

(80) Y así, A. EMBID: *Evolución del derecho de la política del agua en España*, núm. 156 de esta REVISTA (2001), pág. 63, parece mostrarse partidario de incentivar que la iniciativa privada tenga la posibilidad de hacer de las aguas procedentes de la desalación objeto de actividad comercial.

(81) Las tres monografías clásicas sobre las cosas públicas son las de H.-J. PAPIER: *Recht der öffentlichen Sachen*, De Gruyter, 3.^a ed., 1998; M. KROMER: *Sachenrecht des öffentlichen Rechts*, Duncker & Humblot, Berlín, 1985, y E. PAPPERMAN, R.-P. LÖHR y ANDRISKE: *Recht der öffentlichen Sachen*, CH Beck'sche Verlag, Munich, 1987.

(82) Aunque muy discutida, la cuestión fue analizada en nuestro país por L. M. DÍEZ-PICAZO: *Breves reflexiones sobre el objeto del demanio: los iura in re aliena*, «REDA», núm. 35 (1982), págs. 651 a 655, para quien también los derechos reales limitados, y no sólo el derecho de propiedad, pueden tener carácter demanial. Además, L. PAREJO ALFONSO: *Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general*, núms. 100-102, vol. III, de esta REVISTA (1983), págs. 2379 y 2380.

2. *Privatización orgánica o formal: la adscripción de bienes públicos a entes instrumentales privados*

Ya he mencionado, a propósito de la construcción de obras hidráulicas, el fenómeno privatizador consistente en el recurso a fórmulas de organización y actuación privadas para el ejercicio de funciones públicas, suficientemente conocido y en absoluto ajeno al Derecho de los bienes públicos, como lo demuestra la admisibilidad de sociedades mercantiles estatales constructoras de obras públicas hidráulicas. La reforma operada por la «Ley de Acompañamiento» a la Ley de Presupuestos para 2002 (Ley 24/2001, de 27 de diciembre) abre la puerta a que dichas sociedades estatales tengan por objeto no sólo la construcción de obras hidráulicas, sino también «*la adquisición de obras hidráulicas públicas o privadas*» para su integración a sistemas hidráulicos con el fin de conseguir un mejor aprovechamiento de los recursos hídricos y una gestión más eficaz de los mismos, lo que, indudablemente, requiere superar el escollo de la inalienabilidad del dominio público y, por eso, el cumplimiento previo «*de los trámites y requisitos establecidos por la normativa vigente, y en especial el de desafectación del demanio público*».

La última reforma de la Ley del Patrimonio del Estado por la «Ley de Acompañamiento» a la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2003 ha introducido algunas novedades que obedecen también, a mi juicio, al generalizado proceso despublificador que se cierne sobre los patrimonios públicos (83). El fenómeno se había agudizado ya a raíz de la creación, por la Disposición Adicional Segunda de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de la Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria de Patrimonio, Sociedad Anónima (SEGIPSA), a la que se atribuyen, entre otras tareas, la de «*administración, mantenimiento, valoración y enajenación de bienes inmuebles integrantes del patrimonio del Estado o de otros patrimonios inmobiliarios públicos*», y cuyo régimen jurídico se desarrolla en la disposición adicional décima del Proyecto de Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

En este sentido, una clásica denuncia de las incoherencias del dominio público se refiere a la imposibilidad de que los Entes no territoriales puedan ser titulares del mismo, prohibición que o bien no ha tenido nunca una real aplicación —como es el caso de las Universidades, que son titulares de bienes de dominio público (84)—, o bien se ha paliado con ciertos remedios jurídicos.

La profesora CHINCHILLA MARÍN constata, en efecto, que la única razón que impide clasificar como bienes demaniales a ciertos bienes afectos es que se encuentran, de hecho, arrendados a Entes no territoriales, lo cual

(83) Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (arts. 74 ss.).

(84) Un panorama general, si bien anterior a la vigente LOU, en E. COLOM PIAZUELO: *El patrimonio histórico de las Universidades y sus distintas titularidades. Problemas y soluciones*, «REDA», núm. 114 (2002), págs. 195 ss.

se debe a ciertos «*prejuicios dogmáticos*». En cualquier caso, la autora afirma que el artículo 48.2 de la LOFAGE está reconociendo implícitamente la posibilidad de que los organismos autónomos sean titulares de bienes demaniales. Y nos abre los ojos al hecho de que también las sociedades mercantiles son realmente titulares de bienes públicos, como es el caso de TVE y RNE, según lo dispuesto ya en la Ley 4/1980, del Estatuto de la Radio y la Televisión, en tanto que bienes afectos al servicio público correspondiente, pues en muchas ocasiones el mecanismo de la «adscripción» encubre o evoluciona hacia un verdadero cambio de titularidad de los bienes (85).

Quizás para evitar esta consecuencia, el Proyecto de Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas establece que «la adscripción no alterará la titularidad sobre el bien» (art. 73.3), encauzando también hacia el Derecho administrativo la gestión del llamado «patrimonio empresarial» (arts. 166 ss.).

Con ello, según había manifestado ya MENÉNDEZ REXACH, se pone en serio peligro la concepción unitaria de la titularidad pública de los bienes públicos, pues los diferentes entes instrumentales tienden a considerar como propios unos bienes respecto de los que, en principio, sólo deberían tener facultades de gestión y cuyo titular es una Administración territorial. El expediente de desafectación es un formalismo para burlar la inalienabilidad del dominio público: «*que la Hacienda pública propicie ese resultado porque así se “ahorra” unos millones en los presupuestos generales del Estado es reflejo, no ya de una pasajera mioptía política, sino de una profunda ceguera institucional: pan para hoy, hambre para mañana*» (86).

A la vista de tales realidades, es necesario insistir en las «obligaciones de dominio público» que afectan a los entes y sociedades privados que, por obra del fenómeno privatizador, puedan llegar a ser propietarios de bienes públicos, incluso previamente investidos del formalismo de la desafectación. En un reciente trabajo, EMBID ha calificado de «artificio jurídico» a la desafectación, acentuada también «*por el motivo de que la obra va a pasar a una sociedad mercantil que, por definición, no puede ser titular de bienes de dominio público*», pero, y aquí debe hacerse especial hincapié, «*sin que sufra lo más mínimo la funcionalidad de esa obra, que seguirá estando destinada al uso público y con las mismas circunstancias originarias*

(85) C. CHINCHILLA MARÍN: *Bienes patrimoniales del Estado*, cit., págs. 172 y 173. Podría citarse igualmente el caso de RENFE, pues su Estatuto, aprobado por Real Decreto 121/1994, de 28 de enero, encontró una vía muy sutil y efectiva para permitir la enajenación de los bienes de dominio público estatal (principalmente, las vías), estableciendo que los bienes desafectados pasarían a formar parte directamente del patrimonio de RENFE, y no del patrimonio del Estado, como se establecía en el anterior Estatuto. El Estatuto de RENFE, además, abandonaba una serie de cautelas y garantías que con anterioridad habían venido exigiéndose para las enajenaciones de los inmuebles del Estado, como la necesidad de declaración expresa de alienabilidad. El nuevo Proyecto de Ley del Sector Ferroviario («BOCG», núm. 135-1, de 21 de marzo de 2003) reconoce expresamente que la entidad pública empresarial administradora de la infraestructura es titular de bienes de dominio público (art. 24) y tiene, además, la facultad de desafectarlos.

(86) A. MENÉNDEZ REXACH: *Reflexiones sobre el significado actual de los patrimonios públicos*, cit., pág. 219.

en ese uso» (87). En definitiva, es el destino al uso público el que debe ser objeto de regulación y control, para garantizar sus adecuadas condiciones de regularidad e igualdad en el acceso a los usuarios, aunque la titularidad del bien otrora demanial recaiga ahora en una entidad instrumental sometida al Derecho privado, incluso en una sociedad mercantil, como ocurre en las obras hidráulicas.

VI. NUEVAS FORMAS DE PUBLIFICACIÓN PARALELAS AL PROCESO PRIVATIZADOR: HACIA LAS OBLIGACIONES DE DOMINIO PÚBLICO

Conviviendo con el proceso despublicador y con el abandono de buena parte de nuestros patrimonios públicos, se abre paso un fenómeno de signo contrario tendente a otorgar un estatuto protector a un conjunto amplio de bienes, con independencia de su titularidad, por razones ambientales o culturales. Ello produce, por un lado, que la clásica institución del dominio público se esfuerce en ampliarse a nuevas realidades y, por otro, que sea sustituida o completada con la nueva categoría de los «bienes culturales» y «bienes ambientales». Se trataría, como explica FERNÁNDEZ FARRERES para el servicio público, «*de articular nuevas formas de intervención, más de intervención que de gestión pública*» (88).

Por otro lado, es evidente que los fenómenos de privatización de bienes públicos, bajo cualquier modalidad de privatización de titularidad, uso o gestión, no deben conducir a un desapoderamiento de las Administraciones públicas. Al contrario, la Administración debe retener sustantivas posiciones de control de la actividad privatizada: poderes de inspección, aprobación o ratificación de tarifas, poderes sancionatorios, etc., para garantizar el acceso de todos a los bienes o recursos afectados (89). Un indicio más de que nos aproximamos a la recurrente construcción del servicio universal como contrapeso publicador; aquí hablaremos, pues, de ciertas «*obligaciones de dominio público*» que incumben a quienes gestionan los bienes afectados, con la finalidad de garantizar, precisamente, la integridad de su sustrato físico mientras permanece la afectación, y que legitiman a la Administración para el ejercicio de ciertas prerrogativas clásicas de los bienes públicos.

(87) En este sentido, A. EMBID IRUJO: «Sociedades estatales para la construcción, explotación, adquisición y... de obras hidráulicas. Nuevas reflexiones», en ob. col. *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 296 y 297, recuerda que será necesario «*realizar el artificio jurídico de la desafectación puesto que es imposible una adquisición (compra-venta) de bienes de dominio público por razones constitucionales*».

(88) G. FERNÁNDEZ FARRERES: *El concepto de servicio público*, cit., pág. 7.

(89) En este sentido, con referencia al agua, A. EMBID IRUJO: «La evolución del Derecho de aguas y las características de la actual problemática del agua», en ob. col. *El nuevo derecho de aguas: las obras hidráulicas y su financiación*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 73 y 74.

1. *En especial, el dominio público radioeléctrico*

Abordo ahora la vertiente que he denominado expansiva del dominio público, caracterizada por extender el régimen exorbitante del dominio a nuevas realidades que requieren de un título intenso de protección. Estaríamos, pues, aquí ante un indicio más de que el dominio público, como el servicio público, no son más que técnicas o *etiquetas* en manos de las Administraciones públicas, a costa de sacrificar una ortodoxia jurídica, que, forzoso es reconocerlo, nunca ha sido su característica definitoria.

En efecto, no es ninguna novedad que el dominio público ha servido como técnica multívoca que ha permitido una mayor intervención de su titular. De este modo, ha podido hablarse de un «dominio público inmaterial» sobre las invenciones artísticas (90) o de un dominio público arqueológico (91), tesis que en realidad suponen una evolución de las llamadas «propiedades privadas de interés público», denominación algo imprecisa que tradicionalmente ha incluido aquellos bienes que, pese a poder ser de titularidad privada, gozan de un régimen muy publicado de intervención y control administrativos.

En este trabajo voy a recurrir al ejemplo clarísimo del *dominio público radioeléctrico*, realidad reconocida hoy en el artículo 61 LGTc y regulada por el Reglamento Relativo al Uso del Dominio Público Radioeléctrico (aprobado por Orden del Ministerio de Fomento de 9 de marzo de 2000) y por el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico (aprobado por RD 1066/2001, de 28 de septiembre) (92). El Tribunal Constitucional ya lo había mencionado expresamente, desde las SSTC 12/1982, de 31 de marzo; 74/1982, de 7 de diciembre, y 79/1982, de 20 de diciembre. En su STC 168/1993, de 28 de mayo, considera que «*es constitucionalmente legítimo que el Estado regule desde una concepción unitaria —dada la unidad intrínseca del fenómeno— la utilización del dominio público radioeléctrico*» (FJ 4.º). No voy a desarrollar aquí el régimen jurídico de este sector demanial, por lo que me remito a los estudios doctrinales correspondientes (93), sino que me limitaré a extraer algunas

(90) En expresión de C. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Aproximación al concepto de dominio público inmaterial en los derechos sobre invenciones y creaciones*, núm. 146 de esta REVISTA (1998), págs. 129 ss.

(91) J. BARCELONA LLOP: *El dominio público arqueológico*, núm. 151 de esta REVISTA (2000), págs. 133 ss., y *Aspectos del régimen jurídico de las autorizaciones arqueológicas*, «RARAP», núm. 21 (2002), págs. 113 ss.

(92) Nótese que, en realidad, no es una protección del dominio público radioeléctrico, del espectro de frecuencias, sino una protección frente a los efectos nocivos que éste produce en la salud de las personas o las cosas (art. 3).

(93) A. GONZÁLEZ SANFIEL: *La evolución reciente del dominio público: su afirmación como título de potestad*, «Revista del Foro Canario», núm. 93 (1996), págs. 105 a 137; M. FERNANDO PABLO: *El dominio público radioeléctrico: espejismo y realidad*, núm. 143 de esta REVISTA (1997); M. A. TORRES LÓPEZ: *El dominio público radioeléctrico*, «RAndAP», núm. 37 (2000), págs. 271 ss., y *Las comunicaciones móviles y su régimen jurídico*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 135 a 224; A. ARÓN DE MENDÍVIL y M. CRESPO: «El dominio público radioeléctrico», en ob. col. *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 355 ss.

reflexiones para justificar la aludida desmitificación de las propiedades públicas.

Las críticas vertidas al nuevo dominio público radioeléctrico —calificado de «*fantasmagórico*», en palabras de T. R. FERNÁNDEZ (94)— se relacionan con las dificultades para perfilar el objeto sobre el que recae esta supuesta propiedad pública. El artículo 61.2 LGTc confirma que el objeto del dominio público radioeléctrico es el «espectro de frecuencias radioeléctricas» o el espacio por el que pueden propagarse las ondas radioeléctricas, lo cual constituye, en realidad, un objeto inapropiable, inaccesible e indefinido, insusceptible de propiedad. Por eso, la doctrina ha llegado a afirmar que estamos ante una «extrapolación innecesaria», motivada por un «afán de acumular cuantos más títulos jurídicos mejor» (95), es decir, una prescindible extensión de los contornos del dominio público (96). Por eso, se ha definido el dominio radioeléctrico como un «dominio público virtual» (97) o una «reserva sin titularidad» (98).

Lo cierto es que, aquí, debemos salvar también la tiranía de los conceptos y rendirnos a la evidencia de que el legislador ha querido, simplemente, extender un régimen exorbitante a una realidad que no había encontrado fácil encaje en otras técnicas de intervención. Por eso, el dominio radioeléctrico no es sino un ejemplo más, un ejemplo reciente, del pragmatismo y la hipertrofia de una construcción en la que «todo vale» y que resulta difícil sistematizar dogmáticamente.

2. *La imparable extensión del concepto de bien cultural y bien ambiental*

Hasta el momento presente, los únicos bienes públicos que parecen haberse salvado de las acusaciones de rigidez o inadaptación son los que integran el llamado *dominio público natural*, concepto que, como se sabe, ha asumido el propio Tribunal Constitucional (por todas, STC 227/1988, FJ 14). Pues bien, aunque se ha discutido sobre la conveniencia o no de seguir manteniendo esta denominación (99), me gustaría destacar aquí su con-

(94) T. R. FERNÁNDEZ: *Del servicio público a la liberalización*, cit., pág. 61.

(95) J. M. DE LA CUÉTARA: «Prólogo» al libro de F. J. VILLAR ROJAS: *Privatización de servicios públicos*, Tecnos, 1993, pág. 21.

(96) J. BARCELONA LLOP: *Consideraciones sobre el dominio público natural*, cit., págs. 120 a 122, afirma que la ordenación del espacio aéreo está asegurada a través de otras técnicas distintas al dominio público.

(97) A. GONZÁLEZ SANFIEL: *La evolución reciente del dominio público: su afirmación como título de potestad*, cit., pág. 105, destacando los problemas para considerar «bienes» a las frecuencias radioeléctricas.

(98) M. FERNANDO PABLO: *El dominio público radioeléctrico*, cit., pág. 112.

(99) J. BARCELONA LLOP: *Consideraciones sobre el dominio público natural*, «RARAP», núm. 13 (1998), pág. 123, mantiene la conveniencia de mantener la noción jurídica de dominio público natural. Por otro lado, no le parecen alarmantes ni desconcertantes las diferencias entre los bienes del dominio público, ya que son una consecuencia de la necesidad de adaptarse a los problemas que se suscitan, «y los problemas no son los mismos en todos y cada uno de los bienes y recursos del dominio público natural». El intento de aplicar a todos los bienes y recursos del dominio público «una plantilla jurídica rígida» podría tener «efectos contraproducentes».

xión con la perspectiva ambiental de los patrimonios públicos, vinculada con la construcción dogmática del *bien cultural y ambiental*, muchísimo más ambiciosa.

A mi juicio, la entronización de la afectación como eje de las cosas públicas ha obtenido un decisivo espaldarazo con la doctrina de los bienes culturales y ambientales, peculiares categorías de bienes de imparable extensión, no sólo con la intención de potenciar una relectura de la institución demanial como instrumento de protección de los bienes (100), sino, mucho más lejos, desde un nuevo prisma que pretende superar el dato de su titularidad pública. En efecto, la *vis expansiva* del patrimonio cultural, destacada ya por LÓPEZ RAMÓN (101), no tiene virtualidad exclusivamente como complemento de las técnicas propias de los bienes públicos, *sino incluso como evolución necesaria de éstos, lo cual abocaría a su superación y sustitución*.

Por otro lado, resulta curioso comprobar que idéntica acusación de «hipertrofia» lanzada desde hace años en el ámbito de los bienes públicos, sobre todo del dominio público, se reproduce ahora en la categoría del patrimonio cultural, tal y como ha puesto de relieve la doctrina (102).

La categoría de los *bienes culturales y ambientales* ha sido fuertemente desarrollada en Italia, especialmente, aunque no sólo, desde la aprobación y entrada en vigor del Texto Único sobre los Bienes Culturales y Ambientales, aprobado por Decreto Legislativo núm. 490, de 29 de octubre de 1999 (103). En nuestro país las nuevas construcciones están teniendo un eco cada vez más fuerte, si bien la de los *bienes culturales* es la que ha sido objeto de mayor desarrollo y regulación, especialmente tras la asunción por las Comunidades Autónomas de competencias sobre patrimonio cultural (104).

No obstante, el concepto de bien cultural se halla, a su vez, íntimamente relacionado con el de bien ambiental, y ambos imbricados en las políticas públicas sobre ordenación del territorio, por lo que, en realidad, los contornos entre estas materias resultan muy confusos. Sería conveniente, pues, reorientar dichas técnicas, junto con las derivadas del régimen de los bienes públicos, hacia la perspectiva de la ordenación del territorio, como

(100) Especialmente de los recursos naturales, como expone M. DARNACULLETA I GARDELLA: *Recursos naturales y dominio público: el nuevo régimen de demanio natural*, Cedecs, Barcelona, 2000, pág. 28.

(101) F. LÓPEZ RAMÓN: *Reflexiones sobre la indeterminación y amplitud del Patrimonio cultural*, «RARAP», núm. 15 (1999), págs. 193 ss.

(102) Por todos, J. GARCÍA FERNÁNDEZ: *La protección jurídica del patrimonio cultural. Nuevas cuestiones y nuevos sujetos a los diez años de la Ley del Patrimonio Histórico Español*, «Patrimonio Cultural y Derecho», núm. 1 (1997), págs. 57 ss., destaca la imparable ampliación del objeto del patrimonio cultural a nuevas realidades.

(103) G. CAIA (coord): *Il testo unico sui beni culturali e ambientali*, Giuffrè, Milán, 2000, y M. CAMELLI: *La nuova disciplina dei beni culturali e ambientali*, Il Mulino, Bolonia, 2000.

(104) J. L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ: *Estudios sobre el patrimonio histórico español*, Civitas, Madrid, 1989; C. BARRERO RODRÍGUEZ: *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Civitas, Madrid, 1990; y J. M. ALEGRE ÁVILA: *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1994.

han propuesto ya algunos autores (105). *La regulación de las afectaciones cultural, ambiental y económica de los bienes puede unificarse, de este modo, en torno a las técnicas de planificación territorial.*

En primer lugar, es posible extender las técnicas propias del patrimonio cultural a recursos o bienes previamente publicados. Y así, puede defenderse una ampliación de la categoría de los bienes culturales a las aguas (106), objeto tradicional de la propiedad pública. También el estatuto jurídico de los montes se encuentra asolado por una «esclerosis» que ha propiciado el recurso a diversos instrumentos alternativos, incluido el patrimonio cultural, para garantizar su protección (107).

Pero, en segundo lugar, creo que la técnica de los bienes culturales y ambientales alcanza a sustituir y solapar a las técnicas propias de las propiedades públicas. Si tradicionalmente se ha discutido la necesidad de extender la institución del dominio público a ciertas clases de bienes, como los recursos pesqueros, la flora o la fauna silvestres, incluso el aire o el paisaje (108), *la amplísima categoría de los bienes ambientales y culturales ofrece ahora una cierta homogeneización para la protección de su destino e integridad física, superando viejos conflictos sobre su titularidad pública o privada.*

Por eso, la categoría del bien cultural o ambiental puede servir como válvula de escape que evite la absoluta privatización de los patrimonios públicos a consecuencia de su desafectación para su enajenación posterior. Con su declaración de interés cultural se buscan, en concreto, usos ambientales alternativos, como la utilización de viejas líneas férreas (109) o vías pecuarias (110) como corredores verdes, así como usos turísticos y

(105) En este sentido, M. R. ALONSO IBÁÑEZ: *La identificación de los espacios culturales en el ordenamiento español y la necesidad de integrar su tratamiento en el marco de la ordenación territorial*, «Patrimonio Cultural y Derecho», núm. 1 (1997), págs. 116 a 118.

(106) Es la propuesta de J. L. BERMEJO LATRE: «La protección jurídica del agua como patrimonio cultural», en ob. col. *Estudios de Derecho público económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 1263 a 1280, quien parte de una separación entre las técnicas propias del dominio público y las del patrimonio cultural, y se muestra partidario de su compatibilidad.

(107) En este sentido, F. LÓPEZ RAMÓN: *Principios de Derecho Forestal*, Aranzadi, 2002, especialmente págs. 111 ss.

(108) Valga como ejemplo de confusión la reciente Ley aragonesa 5/2002, de 4 de abril, de caza, al afirmar en el Preámbulo el carácter de «bien demanial» de la caza, si bien semejante declaración no se ve reflejada en el articulado de la norma.

(109) M.^a J. MONTORO CHINER: «Proyección ambiental de las infraestructuras ferroviarias», en ob. col. MONTORO CHINER (coord.): *Las infraestructuras ferroviarias del III Milenio*, Cedecs, Barcelona, 1999, págs. 167 ss., y, sobre todo, D. CANALS AMETLLER: *Recuperación y nuevo destino de nuevas infraestructuras. De ferrocarril económico a corredor verde. Un estudio jurídico*, Cedecs, Barcelona, 2000.

(110) Sobre la transformación y nuevos usos de las vías pecuarias, me remito a los trabajos de O. HERRÁIZ SERRANO: *Régimen jurídico de las vías pecuarias*, Comares, Granada, 2000, en especial págs. 301 a 426, y *Algunas consideraciones críticas en torno a la eventual declaración de las vías pecuarias como patrimonio cultural*, «RARAP», núm. 12 (1998). Véase también I. ORTIZ: *Funciones de las vías pecuarias como corredores verdes*, «Revista Medio Ambiente de la Junta de Andalucía», núm. 36 (http://www.cma.junta-andalucia.es/revistama/revista_ma36/ma36_11.html).

Resulta muy interesante la experiencia portuguesa, plasmada en una Asociación Portuguesa de Corredores Verdes (<http://www.isegi.unl.pt/labnt/pages/cverdes/pages/frames.htm>).

culturales (111). Sin embargo, no son pocos los problemas jurídicos que plantea esta transformación de la categoría tradicional del dominio público, debiéndose acudir a técnicas como la coafectación o la mutación subjetiva, que ponen en peligro la supracategoría dogmática de la inalienabilidad del dominio público, unido a una muy peligrosa vinculación entre la desafectación de los bienes y su enajenación que dificulta la protección necesaria de los patrimonios públicos.

En definitiva, como ya he apuntado, esta categoría nos conduce a la reelaboración de un nuevo concepto de cosa pública desligado de su titularidad, en el que las fronteras entre lo público y lo privado aparecen difuminadas al máximo. Es la propuesta reciente de MORILLO VELARDE, plenamente continuadora de las conocidas tesis «funcionalistas» del dominio público vinculadas con la teoría alemana de la cosa pública, a la que antes me refería en nota 71.

Ello nos lleva a retomar aquí el debate sobre el estatuto jurídico de la propiedad privada y de su función social, que ha sido la perspectiva tradicional que ha permitido, respetando la reserva de ley, introducir modulaciones en las facultades de los propietarios. De hecho, la doctrina ha considerado que la delimitación del derecho de propiedad por razones ambientales es una expresión de su función social (112). En efecto, la afirmación de que los bienes interesan no por su titularidad, sino por la función que cumplen respecto de un interés determinado no es exclusiva del Derecho administrativo, pues tampoco el Derecho civil considera ya la propiedad como un poder absoluto del titular sobre sus bienes, sino más bien como un haz de facultades de ejercicio, fuertemente limitado por intereses públicos (la propiedad urbanística, la propiedad agraria, la propiedad forestal...). *Por eso, la crisis de los bienes públicos debe conectarse con un fenómeno general de crisis de la categoría jurídica de la propiedad, que ha conducido a hablar desde hace años de una «propiedad vinculada».*

En efecto, el acto clasificatorio o distintivo de determinados bienes del patrimonio cultural otorga a los mismos un régimen jurídico complejo que pone de relieve una sola finalidad: *su afectación a los valores que aconsejan la conservación del bien* (art. 36.2 LPHE y correspondientes leyes autonómicas). Y así, la clasificación de un bien en alguna de las categorías del patrimonio cultural permite establecer un régimen sancionador propio, junto a limitaciones a la exportación, a la declaración de ruina o a la enajenación. Técnicas todas ellas que solapan a las derivadas de la titularidad pública del bien.

Es evidente que esta construcción plantea numerosos conflictos de tipo

(111) M. A. ÁLVAREZ ARECES: *Arqueología industrial, patrimonio y turismo cultural*, Gijón, 2001.

(112) Por todos, S. RODOTÀ: *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Civitas, Madrid, 1986, y J. BARNÉS: *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 569. Por su parte, F. DELGADO DE MIGUEL defiende incluso una «función ecológica» de la propiedad en su libro *Derecho agrario ambiental. Propiedad y ecología*, Pamplona, Aranzadi, 1992, pág. 80.

competencial, ya que produce una superposición de las competencias derivadas del patrimonio cultural, ambiental o de planificación territorial sobre las hipotéticas competencias derivadas de la titularidad del bien. Así se ha puesto de manifiesto en una STS de 24 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 872), en relación con las instalaciones de un Museo y un Acuario en una playa pública.

Pero, amén de dudar que la titularidad de los bienes públicos conceda a su titular un haz competencial absolutamente autónomo —como he afirmado en otro lugar—, creo que, precisamente, *el régimen de los bienes públicos evoluciona imparable hacia esta homogeneización en torno a las técnicas de la planificación territorial, con participación coordinada de todas las Administraciones públicas afectadas por el sustrato físico o real de la afectación*. Las potestades de planificación, las normas limitativas de la disposición del bien, las normas sobre su conservación, las actividades de fomento y policía, la potestad de inspección, la potestad sancionadora, etc., ya no distinguen si el bien afectado es de titularidad pública o privada. En esta línea parece haber profundizado la Ley 16/2002, reguladora de la autorización ambiental integrada, al crear un procedimiento único con intervención de todas las Administraciones implicadas, normalmente a través de informes preceptivos.

Si, como afirmó el Tribunal Supremo en la Sentencia antes comentada de 19 de diciembre de 2001, las potestades públicas sobre sus bienes patrimoniales se encuentran debilitadas cuando éstos no se encuentran materialmente afectados a una finalidad o servicios públicos, *deberá concluirse la necesidad de ampliar las potestades públicas cuando existe una afectación real o material*.

VII. LA GLOBALIZACIÓN COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN, NO DE DESLEGITIMACIÓN, DE LO PÚBLICO. EL EJEMPLO DEL BIEN PÚBLICO MUNDIAL

El proceso de globalización, del que tanto se habla hoy, adquiere tintes contradictorios, pues tanto legitima un desprestigio del Derecho público, vinculado con la mitificación del mercado y del mundo económico, cuanto permite idear instrumentos de protección de los intereses públicos a nivel mundial (113).

Me refiero ahora a una interesante tesis sobre el «bien público mundial» que, en foros políticos y sociológicos, proporciona una buena base teórica para construir el nuevo papel del Derecho en un mundo globalizado y, sobre todo, *actuar de contrapeso a la relativa pérdida de influencia de las autoridades públicas frente al triunfo del mercado*. Es la tesis que ha ex-

(113) Precisamente, la conexión entre la globalización y un modelo nuevo de Administración basada en la calidad total es la perspectiva del trabajo de K. KÖNIG: *Öffentliche Verwaltung und Globalisierung*, «Verwaltungs Archiv», núm. 4 (2001), págs. 475 ss.

puesto recientemente QUÉAU, miembro de la División de Sociedad de la Información de la UNESCO, en su trabajo «La sociedad de la información y el bien público mundial», que, por su interés y su vinculación con el objeto de mi estudio, expondré resumidamente (114).

El antecedente de esta construcción del bien público mundial se encuentra en la noción de *Patrimonio Común de la Humanidad*, que, en el ámbito del Derecho Internacional, se ha acuñado para calificar aquellos espacios situados «más allá de la jurisdicción nacional», incluida, por lo que aquí interesa, la zona de los fondos marinos que comprende el lecho del mar y su subsuelo (denominada, simplemente, «la zona»). La referencia a la noción de Patrimonio Común de la Humanidad tiene sentido porque constituye un ejemplo de tratamiento jurídico de los bienes alejado de las nociones clásicas de propiedad (115).

Por lo que interesa en este momento, la consideración de la «Zona» como patrimonio común de la humanidad conlleva, ante todo, su no apropiación y exclusión de soberanía estatal, de modo que cualquier pretensión de apropiación individual unilateralmente reclamada por un Estado sería nula y no tenida en consideración. El principio de no apropiación y exclusión resulta, pues, fundamental, y es indicativo de que a estos espacios no resultan adecuados conceptos como *res nullius* o propiedad, que han podido caracterizar en algún momento o para ciertas actividades el régimen jurídico de los recursos sometidos a jurisdicción estatal (116). Por eso, BAR-

(114) P. QUÉAU: «La sociedad de la información y el bien público mundial», en ob. col. J. VIDAL BENEYTO (dir.): *La ventana global*, Taurus, Madrid, 2002, págs. 195 ss.

(115) La concreción de esta idea, cuyo punto culminante fue el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar firmado en Montego Bay (Miami) el 10 de diciembre de 1982, se remonta a la llamada *Declaración Pardo*, que, en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas, fue formulada por el embajador maltés Alvid Pardo ante la primera comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 1 de noviembre de 1967 a propósito del régimen que debía regular el fondo y el subsuelo de los océanos, y que se consolidó más adelante mediante la Resolución 2749 (XXV), de 17 de diciembre de 1970.

Sobre la noción de patrimonio común de la humanidad, destaco los trabajos de J. A. DE YTURRIAGA BARBERÁN: *Ámbitos de jurisdicción en la convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Una perspectiva española*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 1996, págs. 474 a 529; A. BLANC ALTE MIR: *El Patrimonio Común de la Humanidad. Hacia un régimen jurídico internacional para su gestión*, Bosch, Barcelona, 1992, págs. 21 ss.; A. BEK-KOUCHE: *La récupération du concept de patrimoine commun de l'humanité (P.C.H.) para les pays industriels*, «Revue Belge de Droit International» (1987), págs. 124 ss.; J. E. BRICEÑO BERRÚ: *Régimen jurídico de los fondos marinos internacionales*, Barcelona, 1986, págs. 63 a 81; V. GAME DE FONTRUNE: *L'exploitation des ressources minérales des fonds marins: législations nationales et Droit international*, París, 1985, págs. 149 a 168; J. JUSTE RUIZ y M. CASTILLO DAUDI: *La explotación de la zona de fondos marinos más allá de la jurisdicción nacional (El patrimonio común de la humanidad frente a las legislaciones nacionales)*, «Anuario de Derecho Internacional», VII (1983-1984), págs. 65 a 90; y G. ALBIOL BIOSCA: *El régimen jurídico de los fondos marinos internacionales*, Tecnos, 1984, págs. 67 a 78.

(116) J. E. BRICEÑO BERRÚ: *Régimen jurídico de los fondos marinos*, cit., pág. 62, explica con claridad que los fondos marinos no pueden ser calificados como *res nullius* porque, si tuvieran esta condición, todos los Estados participarían indiscriminadamente en la explotación de tales fondos, determinando una situación antijurídica en la lucha por su apropiación. Tampoco se pueden considerar como *res communis*, porque en cualquier momento un Estado, alegando los derechos comunitarios sobre tales fondos, podría pretender una inmedata repartición del área con el objeto de proceder a su explotación. También G. ALBIOL

CELONA LLOP encuentra más apropiada la noción de soberanía o jurisdicción que la de propiedad, en referencia al mar territorial (117).

Frente al concepto de propiedad, el patrimonio común de la humanidad toma como punto de partida la vieja construcción de la *res communis omnium*, es decir, un espacio apto para el uso y el aprovechamiento de todos, entendido como escenario común para la realización de actividades que deben perseguir el beneficio de la humanidad. Un elemento clave del patrimonio común es, así, la prohibición de las apropiaciones privadas, de forma que los espacios incluidos en su seno se encuentran «fuera del comercio de los Estados». También en el ámbito internacional se ha extendido la categoría del patrimonio cultural, con ese mismo sentido y justificación, como lo demuestra la Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, adoptada en París en noviembre de 2001.

El concepto de bien mundial adquiere nuevos matices en el marco de la globalización. Se trata de una noción que incide en la universalidad de ciertos bienes que, como el patrimonio cultural, el medio ambiente o el saber científico, deben ser protegidos para evitar su utilización abusiva a escala internacional. El ejercicio de la soberanía sobre los bienes públicos mundiales debe revertir en la comunidad global, que se compone de individuos, no de Estados. De forma general, se trata de encontrar un equilibrio justo a escala mundial y de crear un nuevo Derecho mundial, cuyos fundamentos no pueden ser simplemente comerciales o basarse en relaciones de fuerzas reguladas por un Derecho regional.

En una reciente monografía, J. M. PUREZA ha destacado que la complejidad de las sociedades contemporáneas y la globalización han puesto en cuestión el propio concepto de soberanía, como pieza teórica clave del sistema internacional, o, más bien, han permitido una relectura «*en clave internacional*» que, como en el ámbito de la privatización de servicios públicos, ha desembocado en la siguiente paradoja: *la crisis de la soberanía (del Estado-nación) se transforma en una revalorización de la soberanía (de la comunidad internacional)*. Pues bien, en este marco el autor se pregunta por el destino de los bienes, concluyendo que «*el régimen de res communis se muestra hoy inadecuado a las presiones propias de un sistema mundial globalizado (...). La metáfora de la tragedia de los espacios y recursos comunes denuncia el carácter insostenible de una utilización libre y desregulada de los mismos*». Para ello propone una concepción distinta de la tesis del patrimonio común de la humanidad, como alternativa radical al modelo es-

BIOSCA, en *El régimen jurídico de los fondos marinos internacionales*, cit., pág. 71, considera que hay que descartar la utilización de nociones acuñadas en los Derechos internos de los Estados, como la de «bien público», «bien común» o bienes «comunales», que sirven a instituciones «de carácter evidentemente distinto». Por su parte, A. BEKKOUICHE, en *La récupération du concept de Patrimoine Commun de l'Humanité*, cit., pág. 135, estima que es posible «con rigor» considerar la zona internacional como una *res communis*, «aunque esta acepción no permite su explotación equitativa». Por eso, la autora prefiere la noción de patrimonio de la humanidad «*en tanto que permite la instauración de un régimen de gestión de los recursos que puede beneficiar a todos los países en atención a sus necesidades*».

(117) J. BARCELONA LLOP: *Consideraciones sobre el dominio público natural*, cit., pág. 114.

tatocéntrico, que se materializa en la transformación de la soberanía-dominio en la soberanía-servicio. Dicho con sus propias palabras: «*la lógica territorialista da lugar, en este nuevo contexto, a una gestión racional de los bienes, guiada por la noción de función social —la función social de la soberanía, ampliación planetaria de la función social de la propiedad— y, a estos efectos, tomando como referencia a la sociedad internacional en su conjunto o, más precisamente, la trans-temporalidad y trans-espacialidad de la humanidad*» (118).

En mi opinión, la tesis del bien público mundial constituye un loable intento por reconducir la globalización hacia una revalorización de lo público, no desconocido en sistemas que, como el nuestro, pueden enlazar la institución demanial en la concepción romana de la *res communis*. Sin embargo, es una construcción utópica que no podrá evitar que la definición del «interés mundial» de tales bienes sea monopolizada por los grandes centros de poder económico globalizados. Las luchas por controlar las patentes del genoma humano no son sino un ejemplo de esta realidad en la que pesan más los intereses económicos que los de la comunidad internacional (119). Siguiendo con esa relectura del patrimonio cultural de la humanidad que ofrece J. M. PUREZA, la clave reside ahora en encontrar un nuevo modo de gestión en el que, más que la no-apropiación, se expresen jurídicamente las obligaciones positivas de los Estados soberanos para con la comunidad internacional en su conjunto.

VIII. CONCLUSIONES: UN CONCEPTO FUNCIONAL DE BIENES PÚBLICOS ACORDE CON LAS NUEVAS CONCEPCIONES FUNCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Hasta aquí, algunas manifestaciones de la evolución o transformación de las viejas categorías de bienes públicos, necesariamente influidas por el fenómeno despublicador en el ámbito económico y por el nuevo servicio público. Por eso, creo que una futura ordenación de las cosas públicas, para lo que sería necesaria, como afirma el Preámbulo de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, una Ley general estatal, debe centrarse en el desarrollo de unas «*obligaciones de dominio público*» para los bienes de quienes realizan funciones públicas, cualquiera que sea su naturaleza pública o privada, orientadas a garantizar su integridad física y su afectación al fin público de que se trate. Ello permitiría compatibilizar los

(118) J. M. PUREZA: *El patrimonio común de la humanidad. ¿Hacia un Derecho internacional de la solidaridad?* (Prólogo de J. A. CARRILLO SALCEDO, traducción española de J. ALCAIDE FERNÁNDEZ), Trotta, Madrid, 2002, especialmente págs. 375 a 382.

(119) Sobre la patentabilidad del genoma humano, J. L. VILLAR PALASÍ: «Introducción jurídica», en ob. col. *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Fundación BBV, Madrid, 1994, págs. 41 ss.; A. APARISI MIRALLES: *El Proyecto Genoma Humano: algunas reflexiones sobre sus relaciones con el Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; C. M. GARCÍA MIRANDA: *Perspectiva ética y jurídica del Proyecto Genoma Humano*, Universidad de La Coruña, 1997; C. ROMEO CASABONA (dir.): *Genética y Derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001; R. DE MENDIZÁBAL ALLENDE (dir.): *El Genoma Humano y el Derecho*, Xunta de Galicia y Editorial Montecorvo, Madrid, 2001.

critérios de rentabilidad de ciertos servicios desregularizados con las necesidades del servicio universal, sin incurrir en las graves rigideces que ahora plantea la vieja institución del dominio público y las contradicciones de seguir manteniendo una dualidad entre dominio público y bienes patrimoniales (120).

El Derecho comunitario ofrece argumentos para defender un nuevo concepto de cosa pública, alejado del dato meramente subjetivo, complementario de las nuevas tesis definitorias de la Administración pública y del Derecho administrativo. En definitiva, *la fijación de criterios materiales o funcionales resulta imprescindible para garantizar la plena aplicación de las garantías y los procedimientos públicos*. La doctrina ha destacado la influencia decisiva del Derecho comunitario para redefinir el concepto clásico subjetivo de Administración pública, ya que, como ocurre en la legislación contractual, la amplísima definición de «organismo público» y del «poder adjudicador» a efectos de determinar su ámbito de aplicación contribuye a definir el ámbito de aplicación del Derecho comunitario en los Estados miembros desde una perspectiva fuertemente funcional, *con independencia de su carácter público o privado, simplemente atendiendo a la naturaleza de la actividad realizada* (121), que se diferencia significativamente de los conceptos nacionales de Administración pública (122).

Desde esta perspectiva, de la misma manera que se defiende un concepto amplio de poder adjudicador, y teniendo en cuenta el imparable proceso autorregulador para el ejercicio de funciones públicas, resulta conveniente ampliar las obligaciones de dominio público a los bienes pertenecientes a quienes realizan funciones públicas, con independencia de su naturaleza pública o privada, como ocurre con los bienes de los concesionarios afectados a la realización de un servicio público, mientras se encuentren prestando el servicio (123).

Como ha afirmado LAVIALLE en Francia, *«el efecto positivo de la crisis de las propiedades públicas es resituar el régimen demanial en su verdadera razón de ser: la afectación, y de dejar en un segundo plano la naturaleza del*

(120) En efecto, como afirma S. GONZÁLEZ-VARAS, es difícil que la concepción tradicional del dominio público quede del todo al margen de la repercusión del fenómeno privatizador, como explica en *Privatización de las infraestructuras*, cit., pág. 238.

(121) R. RIVERO ORTEGA: *Administraciones públicas y Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 242 a 258, realiza una útil síntesis de la evolución del ámbito de aplicación e incidencia del Derecho europeo desde la perspectiva de la sumisión al mismo de los entes instrumentales.

(122) En este sentido, M. P. CHITI: *El organismo de derecho público y el concepto comunitario de Administración pública*, «JA», núm. 11 (2001), págs. 33 ss.; E. MALARET I GARCÍA: *Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 109 a 110. Véase también X. PADRÓS I CASTILLÓN: «Derecho público y derecho privado en la contratación de la Administración pública», en ob. col. *Derecho público y Derecho privado en la actuación de la Administración pública*, Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 45 ss.; J. M. GIMENO FELIÚ: *La necesaria interpretación subjetivo-funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública*, núm. 151 de esta REVISTA (2000), págs. 425 ss., y, más recientemente, en *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimientos de adjudicación*, Civitas, Madrid, 2003.

(123) Así lo propone Y. GAUDEMET: *El futuro del derecho de las propiedades públicas*, cit., pág. 20.

propietario del bien» (124). Por tanto, la crisis de la vieja categoría, reflejada en las nuevas figuras del bien ambiental y cultural, junto con el ejemplo del patrimonio común de la humanidad, deben llevarnos a una revalorización de los patrimonios públicos y, especialmente, de su afectación a una finalidad pública. El futuro del Derecho administrativo radica, en el sentido expuesto recientemente por MARTÍN REBOLLO, en ser «*menos dogmático*» (125). Efectivamente, las categorizaciones clásicas han perdido eficacia descriptiva y el papel de la Administración se desdibuja, no sólo en el terreno de la liberalización, sino también en el de la supraestatalización-globalización. Pero ello no elimina la *idea última del dominio público*: la garantía de la afectación de ciertos bienes y recursos a las finalidades públicas, que es lo que realmente se garantiza, en una evolución imparable hacia el concepto de cosa pública desligada del dato definitorio de la titularidad pública.

(124) C. LAVIALLE: *Le domaine public*, cit., pág. 585, si bien se muestra crítico con esta tendencia y considera que está en el origen de la «inutilidad» de la categoría.

(125) L. MARTÍN REBOLLO: «Sociedad, economía y Estado», cit., pág. 644.