

II. EXTRANJERO

IMBRICACION DEL DOMINIO PUBLICO Y PRIVADO (1)

Por

MARTA FRANCH I SAGUER
Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DOMINIO PÚBLICO EN FRANCIA.—III. CRITERIOS DE DEMANIALIDAD: 1. *La copropiedad*. 2. *La inalienabilidad del dominio público y su compatibilidad con las servidumbres sobre el dominio público*. 3. *La afectación*. 4. *Lo accesorio como parte integrante del dominio público*.—IV. LA TEORÍA DE LA ACCESIÓN Y SU APLICABILIDAD AL DEMANIO PÚBLICO.—V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Las Administraciones Públicas de los diferentes países multiplican sus normas jurídicas para resolver los problemas que se planteaban y que continúan planteándose en el urbanismo y la construcción, que afectan de una forma especial y más intensa a las grandes ciudades. Existe un nuevo urbanismo que nació de la falta de espacio sobre el suelo y que lleva a construir más allá de la superficie, buscando nuevos espacios.

Los problemas de espacio para el crecimiento de las grandes ciudades no son solamente, como ya apuntaba, en 1965, SAVATIER en Francia, problemas jurídicos, sino que se mezclan a los mismos importantes problemas de carácter económico, social y técnico.

La escasez de suelo disponible en las zonas urbanas ha llevado a los constructores a concebir una nueva forma de urbanismo basado en la adecuación del espacio en un sentido vertical (2), en el que se mezclan volú-

(1) La curiosidad por la extensión del dominio público se la debo al profesor SAINZ MORENO, que en el año 1989 me motivó con su entusiasmo y su rigurosidad a despertar en el tema del subsuelo y el dominio público. Agradezco al profesor Yves GAUDEMET su ayuda y su interés por este tema, que han sido para mí el impulso necesario para escribirlo, y el que ha sido en todo momento ha sido mi maestro Manuel BALLBÉ.

Mientras estaba realizando los últimos retoques de este trabajo ha aparecido un excelente artículo de JAVIER BARCELONA LLOP titulado *Novedades en el régimen jurídico del dominio público en Francia*, en el núm. 137 de esta REVISTA.

(2) Vid. LAUBADÈRE, en «AJDA», 1968.

Vid. LABETOUELLE et CABANES, en «AJDA», 1972.

menes diferentes, destinados a uso público y privado. Es en la mezcla de unos y los otros donde se plantean numerosos roces, algunos de los cuales continúan sin resolverse.

La aparición de espacios nuevos, que hasta el siglo pasado, y algunos hasta nuestro siglo, eran imprevisibles, situados encima y debajo de los que ya eran conocidos, ha causado una revolución en las características y régimen del dominio público.

El Derecho administrativo francés, al igual que el nuestro, es heredero de los viejos principios romanos sobre la propiedad, donde ya se anunciaba que la propiedad del suelo alcanza hasta el fondo de la tierra. Este principio está superado actualmente gracias a las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales, a pesar de que algunas de ellas continúan impregnadas todavía de una cierta presunción de que el derecho de propiedad es un derecho sin límites.

El Código Civil continúa formulando el derecho de propiedad como ilimitado. La doctrina francesa, entre los años sesenta y setenta, elaboró conceptos que precisaban la limitación de la propiedad; así, *la propriété de l'espace* o el de *la propriété de volumes* (3) no son más que términos que reflejan esta realidad limitada en el espacio.

Del concepto de la propiedad sin límites hemos pasado a un concepto de propiedad limitado en el espacio. Este responde mejor a la realidad de nuestro tiempo, en la que se mezclan volúmenes de distintos propietarios en un mismo edificio y con regímenes jurídicos diferentes.

Toda la propiedad está basada en la superficie y, por tanto, ésta es la que nos sirve de referencia para situar los volúmenes. Así, situamos los volúmenes por encima o por debajo de la superficie de referencia. Las razones históricas las podemos encontrar en el Código Civil francés de 1804, que en su artículo 552 dice:

«La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous.

Le propriétaire peut faire au dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre "Des servitudes ou services fonciers".

Il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sur les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police.»

La propiedad de la superficie lleva consigo la propiedad del volumen superior y del inferior a la misma. Este artículo ha tenido una enorme in-

(3) Vid. SAVATIER, *La propriété de l'espace*, «Rec. Dalloz Sirey», 1965, y *La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grandes ensembles immobiliers*, «Rec. Dalloz Sirey», 1976.

fluencia en el artículo 350 de nuestro Código Civil (4), aunque, como ha mostrado SAINZ MORENO, persisten algunas diferencias (5).

Se inicia una historia paralela a la propiedad descrita en el Código Civil francés, seis años después de la implantación del mismo. La Ley de Minas, de 21 de abril de 1810, desconoce el precepto del Código y por primera vez otorgaba a un volumen situado debajo de una superficie un propietario diferente al de la misma. La Ley establecía que *les gisements miniers* se separaban de la propiedad privada del titular de la superficie, y pasaban a ser del dominio público, sin necesidad de indemnización (6).

Esta disociación se repitió en otros supuestos. Así, en 1898 en la propiedad del agua y en 1906 en el transporte de energía (7), la propia legislación admitió la separación de volúmenes. Esta disociación de volúmenes con titulares y regímenes jurídicos diferentes comporta problemas, en muchos casos sin resolver, de relación entre los mismos y de la delimitación de su extensión. Estos problemas son los que vamos a tratar, teniendo como punto de partida la existencia de volúmenes que pertenecen a la Administración y que están destinados a un uso o servicio público, es decir, dominio público.

II. EL DOMINIO PÚBLICO EN FRANCIA

La historia francesa ha ido configurando el concepto de «dominio público», figura ya existente en *l'Ancien Droit*. El monarca no era propietario de estos bienes, sino que solamente tenía el poder de guardarlos, sin poder disponer de ellos. Con el triunfo de la Revolución, el dominio de la Corona pasa a ser de titularidad de la Nación francesa, y desaparece la característica de la inalienabilidad, dejando de existir, desde aquel importante momento histórico, las diferencias entre dominio público y dominio privado de la Nación.

El Código de Napoleón regula en cuatro artículos la «propiedad pública», interesándole solamente concretar los bienes que pertenecen al Esta-

(4) Artículo 350 de nuestro Código Civil: «El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas y Aguas y en los reglamentos de policía.»

(5) Vid. SAINZ MORENO, «El subsuelo del dominio público local», en *Municipios y redes de servicios públicos*, Ed. Pont de Pedra, 1990.

(6) La Ley de Minas española de 1868, en su artículo 5.º, decía: «1.º El suelo, que comprende la superficie propiamente dicha, y además el espesor a que haya llegado el trabajo del propietario, ya sea para el cultivo, ya para el solar y cimentación, o para otro objeto cualquiera distinto a la minería.

2.º El subsuelo, el cual se extiende indefinidamente en profundidad desde donde el suelo termina.»

Y añadía el artículo 6: «El suelo podrá ser de propiedad particular o de dominio público...»; «... el subsuelo se halla originariamente bajo el dominio del Estado».

(7) Ley de 8 de abril de 1898.

Ley de 15 de abril de 1906.

do, y de entre ellos cuáles son los que pueden ser alienados y cuáles pueden prescribir.

PROUDHON (8), en la primera mitad del siglo XIX, recogiendo las ideas de una parte de la doctrina civilista, distinguió entre *choses communes* y *domaine de l'Etat*. Las primeras son bienes que no son susceptibles de propiedad y los segundos, por el contrario, son bienes sometidos al régimen general de la propiedad. Esta distinción elaborada por la doctrina se adaptó al articulado ya existente en el Código Civil, entendiendo que el artículo 538 correspondía a las *choses communes*. A partir de este momento, la doctrina y la jurisprudencia han admitido y desarrollado la distinción entre estos dos tipos de bienes. Esta distinción no solamente se basa en la inalienabilidad de las *choses communes*, que son el núcleo del dominio público, sino en la naturaleza del bien.

A finales del XIX, siguiendo las teorías de PROUDHON, continuó vigente la teoría de que el Estado no es propietario del dominio público, sino que solamente tiene la obligación de protegerlo (9). Ya en el siglo XX, BERTHELEMY (10) afirmaba que el dominio público no es susceptible de propiedad, y que el Estado dispone de un derecho sobre el mismo de *garde et surintendance*. DUGUIT también sostuvo esta tesis, aunque basándose en una serie de razones diferentes, consecuencia natural de su teoría de que el Estado carece de personalidad jurídica y, por tanto, no puede ser titular de derechos subjetivos, como es el de propiedad.

Sin embargo, gran parte de la doctrina dejó el criterio basado en la naturaleza del bien y basó la distinción entre bienes de dominio público y privado en la noción de la «afectación». Así, HAURIOU construyó su argumentación en base a que la relación que une a un bien de dominio público con la Administración es la relación de propiedad, ya que antes y después de la afectación el bien es de dominio privado y, por tanto, objeto del derecho de propiedad. Sería difícil pensar, según HAURIOU, que existe un paréntesis en el cual la Administración pierde el derecho de propiedad, aunque admite que este derecho de propiedad es distinto cuando se trata del dominio público.

JÈZE, por su parte, mantiene que los poderes jurídicos relativos a la propiedad de una cosa son siempre los mismos, sea quien sea el propietario. Los poderes que comporta la propiedad no dependen del propietario y, por tanto, el régimen jurídico de la propiedad es siempre el mismo para todos los propietarios de una misma especie (11).

También CAPITANT situaba la afectación como punto crucial del dominio público, reconociendo que existía un derecho de propiedad cuando afirmaba que «el régimen demanial es un régimen mixto: régimen de derecho privado si se piensa al elemento de propiedad que el mismo conlleva,

(8) Vid. PROUDHON, *Traité du Domaine Public*, Dijon, 1833.

(9) Vid. LAVIALLE, *Des rapports entre la domanialité publique et le régime des fondations*, «RDP», 1990.

(10) Vid. BERTHÉLEMY, *Traité du Domaine Public*, 1933.

(11) Vid. JÈZE, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, vol. I, Ed. Argentina, 1948.

régimen de derecho público si se piensa en la afectación...» (12). Esta tesis sobre el dominio público fue puesta en entredicho por LAUBADÈRE, que sostenía que el derecho de propiedad que ostenta la Administración sobre estos bienes, es siempre un derecho original y administrativo (13).

La doctrina y la jurisprudencia han mantenido de forma constante y reiterada que la naturaleza jurídica de la relación que existe entre la Administración Pública y el dominio público es de propiedad (14). Pero la puntualización de BERTHÉLEMY, de que la propiedad pública no es la propiedad civil sino una propiedad *sui generis*, ha supuesto un replanteamiento, por una parte de la doctrina, de la naturaleza y la existencia del derecho de propiedad. Replanteamiento que se basa en que el régimen del dominio público prescinde de algunas de las características esenciales de la propiedad: alienación, prescripción, expropiación... (15). En uno de sus estudios, el Consejo de Estado apunta que la propiedad administrativa no es una propiedad conforme a la del Código Civil (16).

Por destacar un ejemplo en el cual se plantean numerosas dudas de compatibilidad entre el régimen demanial y la propiedad, quisiéramos resaltar un aspecto del régimen del dominio como son las mutaciones demaniales por cambio de titular (17). El artículo L 35 del *Code du Domaine Public* admite la mutación bajo el nombre de *transfert de gestion*. La Administración Pública, primera titular del dominio público, según afirma el documento del Consejo de Estado, es la propietaria del inmueble, aunque sea un derecho totalmente teórico, ya que dicha Administración no tiene la potestad de provocar una desafectación porque el bien se encuentra incorporado a otro dominio público que no es el suyo (18).

Ante estas dudas sobre la propiedad, nos gustaría analizar si el principio de la accesoriedad, principio propio del régimen privado de propiedad, es aplicable o no al dominio público. Partimos de que es posible trasplantar instituciones de la esfera jurídica privada a la pública, como en el supuesto de la propiedad, aunque no sea posible trasplantarlo de forma total, ya que las peculiaridades del régimen público imponen determinadas características, que hacen cambiar el contenido de las figuras jurídicas del Derecho privado.

Una de las dificultades previas que debemos resolver al afrontar este estudio es descubrir la posibilidad o imposibilidad de la existencia de un volumen de dominio público en un mismo edificio en el que existen propiedades privadas.

Estamos convencidos que un estudio de la doctrina y la jurisprudencia

(12) Prólogo a la tesis de MAROGER, *L'affectation à l'usage public des biens, des patrimoines administratifs*, París, Sirey, 1942.

(13) Vid. LAUBADÈRE, *Domanialité publique, propriété administrative et affectation*, «RDP», 1950.

(14) CE 16 de julio de 1909. Ville de Paris.

(15) Vid. LAVIALLE, *Domanialité...*, op. cit. En este artículo se mantiene la tesis de que el dominio público es como el patrimonio de una fundación.

(16) *Etudes et Documents du Conseil d'Etat*, 1987.

(17) CE 16 de julio de 1909.

(18) *Etudes et Documents du Conseil d'Etat*, 1987.

francesa nos ayudará a resolver los problemas planteados, así como las distintas soluciones que se plantean tanto en lo que se refiere a la imbricación de las propiedades públicas y privadas como en lo que respecta a los diferentes regímenes que se pueden dar sobre y bajo una misma superficie (19).

III. CRITERIOS DE DEMANIALIDAD

El artículo 2 del *Code du Domaine de l'Etat* define el dominio público en los siguientes términos:

... tous les biens et droits mobiliers et immobiliers appartenant à l'Etat «qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée en raison de leur nature ou de leur destination qui ne leur est donnée, sont considérés comme des dépendances du domaine public national. Les autres biens constituent le domaine privé» (20).

Esta definición no es válida para DUFU (21), ya que en ella no se recoge toda la evolución jurisprudencial y doctrinal sobre el concepto de dominio público. La jurisprudencia había elaborado un concepto, que sigue vigente en la actualidad, basado en dos requisitos: en primer lugar, la pertenencia del bien a la Administración Pública (22) y, en segundo lugar, la afectación a un uso o servicio público, con *aménagement* (23) especial (24).

(19) Para un estudio de la evolución del concepto de dominio público en Francia, vid. BORNECQUE-WINANDY, *Structure et protection du domaine public*, «RDP», 1953, y LAGRANGE, *L'évolution du droit de la domanialité publique*, «RDP», 1974.

(20) El *Code du Domaine de l'Etat* fue elaborado según los principios de la Ley de 26 de junio de 1957, que autorizaba al gobierno a «*assouplir, simplifier, et uniformiser les règles de gestion et d'aliénation des biens mobiliers et immobiliers appartenant à l'Etat et aux établissements publics nationaux*», y no tuvo en cuenta la línea jurisprudencial que se había ido configurando desde el Código Civil.

(21) DUFU, *Domaine Public*, Ed. Moniteur, 1992.

(22) Quisiéramos destacar que en la doctrina y jurisprudencia se está manteniendo un debate actual sobre quiénes pueden ser titulares del dominio público. Es decir, qué tipo de personas jurídicas están comprendidas en el concepto de Administración Pública.

Vid. MODERNE, *Les établissements publics peuvent-ils disposer d'un domaine public propre?*, «Revue Administrative», 1982.

Vid. ARRHIGI DE CASANOVA, *Établissements publics et domanialité publique*, «AJDA», 1989.

Vid. SABLIERE, *Les établissements publics industriels et commerciaux doivent-ils être propriétaires d'un domaine public?*, «CJEG», 1984.

(23) *L'aménagement* es un concepto que ha sido traducido como «adaptación especial», aunque me parece que no corresponde exactamente a ningún término jurídico propio de nuestro ordenamiento.

(24) El *aménagement* especial es un criterio que la jurisprudencia lo había exigido de forma específica para saber si existía o no afectación. El Consejo de Estado en su última jurisprudencia parece haberlo dejado de exigir.

Vid. SABLIERE, *À propos de quelques arrêts récents: réflexions sur les critères et le régime de la domanialité publique*, «CJGE», 1989.

Vid. HERVOUET, *Aménagement spécial et théorie du domaine public*, «RDP», 1983.

El Consejo de Estado ha ido precisando y matizando el concepto, en sus diferentes sentencias, a veces olvidando incluso sus anteriores elaboraciones.

Será a partir de estas dos características del dominio público que estudiaremos los problemas que genera en su relación y extensión con los volúmenes superiores e inferiores al dominio público.

1. *La copropiedad*

El primer requisito, como acabamos de precisar, es la pertenencia del bien a la Administración Pública. Esta pertenencia ha sido entendida por la jurisprudencia como la necesidad de que la Administración sea la propietaria del bien en su totalidad, lo que ha llevado a la afirmación de que no existe demanialidad si el bien no pertenece en su totalidad a la Administración Pública (25).

En distintas sentencias, el Consejo de Estado ha sostenido que el dominio público no se extiende ni al volumen superior ni al inferior (26); en otras ni tan sólo se ha considerado competente, al entremezclarse sobre un mismo bien propiedades públicas y privadas, ya que considera que este bien no es de dominio público. Este argumento le ha servido al Consejo de Estado en su reciente sentencia de 11 de febrero de 1994, la cual es contraria a la línea que parecía haberse consolidado en los últimos años, para declarar que un bien que pertenecía a la Administración y que, además, estaba destinado al archivo de un Ministerio y adecuado para esta función no era de dominio público.

El supuesto de hecho, que se presentó en primera instancia ante el Tribunal Administrativo de París, partía de la situación de que el Estado francés había adquirido un local situado en el sótano de un edificio, en el que instaló un archivo de la Dirección General de Impuestos. Posteriormente, en esta parte del edificio se declaró un incendio que causó graves daños a los diferentes pisos del mismo. Los copropietarios se dirigieron a la compañía aseguradora, que indemnizó los importantes daños causados y que, posteriormente, se dirigió a la Administración en razón de que el origen del daño estaba en «una obra pública afectada a un servicio público».

(25) Existen numerosos artículos sobre quiénes pueden ser titulares del dominio público.

Vid. ARRIGI DE CASANOVA, *Établissements publics et domanialité publique*, «AJDA», 1985.

Vid. MODERNE, *Les établissements publics...*, op. cit., 1982.

Vid. SABLIERE, *Les établissements publics industriels...*, op. cit.

Vid. DUCFAU, *Le domaine...*, op. cit.

(26) CE 8 de mayo de 1970, aff. Sté. Nobel-Bozel. En esta sentencia el Consejo de Estado consideró que un muro situado debajo de una carretera nacional (considerada como bien de dominio público), que servía de apoyo a la misma, no era un bien de dominio público ya que pertenecía a la propiedad privada.

El Tribunal Administrativo de París, en sentencia de 29 de abril de 1987, juzgó que los locales mencionados estaban afectados a un servicio fiscal y, además, habían sido especialmente adecuados (*aménagés*) en función del mismo, y en consecuencia formaban parte del dominio público. El Tribunal condenaba al Estado a indemnizar a la compañía, partiendo de la base de que es dominio público lo que pertenece y está afectado a la Administración. Existiendo estas condiciones nos encontrábamos ante un bien que estaba sujeto al régimen demanial y, por tanto, el Tribunal se declaraba competente para decidir, ya que se trataba de un bien sujeto a la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta decisión era contraria a la tesis defendida de forma general, en aquellos momentos, de que el régimen jurídico de una obra pública era incompatible con el de la copropiedad.

La *Cour Administrative d'Appel* de París anuló, dos años más tarde, la decisión del *Tribunal Administratif*, y se declaró incompetente por razón de la materia (27), ya que consideró que el local que provocó el incendio no era de dominio público. El Consejo de Estado conoció de este asunto en casación y la Sentencia de 1994, ya citada, causó una gran sorpresa para la doctrina, suponiendo un importante paso atrás en la evolución del concepto de dominio público. La Sentencia declaró que existía incompatibilidad entre el régimen de demanialidad pública y el de copropiedad, y lo consideró en los términos siguientes:

«Considerando que las normas esenciales del régimen tal como están fijadas en la ley de 10 de julio de 1965, y sobre todo la propiedad indivisa de las partes comunes... son incompatibles tanto con el régimen de dominio público como con los caracteres de las obras públicas; que, por tanto, los locales adquiridos por el Estado, aunque utilizados para un servicio público, en un inmueble sometido al régimen de copropiedad no pertenecen al dominio público y no pueden ser vistos como parte de una obra pública...» (28).

Para, posteriormente, añadir:

(27) Sentencia de 20 de junio de 1989.

Vid. LLORENS, nota en la «RDP», 1990, pág. 549.

Vid. SABLIERE, *A propos de quelques...*, op. cit., «RDA», 1989, pág. 362.

(28) El texto original es el siguiente «*Considérant que les règles essentielles du régime telles qu'elles sont fixées par la loi du 10 juillet 1965, et notamment la propriété indivise des parties communes, - au nombre desquelles figurent en particulier, outre le gros oeuvre de l'immeuble, les voies d'accès, passages et corridors, l'interdiction faite aux copropriétaires de s'opposer à l'exécution, même à l'intérieur de leurs parties privatives, de certains travaux décidés par l'assemblée générale des copropriétaires se prononçant à la majorité, la garantie des créances du syndicat des copropriétaires à l'encontre d'un copropriétaire par une hypothèque légale sur un lot, sont incompatibles tant avec le régime de la domanialité publique qu'avec les caractères des ouvrages publics; que, par suite, des locaux acquis par l'État, fût-ce pour les besoins d'un service public, dans un immeuble soumis au régime de la copropriété n'appartiennent pas au domaine public et ne peuvent être regardés comme constituant un ouvrage public; que, par conséquent, les dommages qui trouveraient leur source dans l'aménagement ou l'entretien de ces locaux ne sont pas des dommages de travaux publics.*»

«... a partir del momento en el que una Administración acepta instalarse en un inmueble de copropiedad, ella acepta renunciar a las reglas protectoras de la demanialidad pública... una intervención del legislador no sería inútil para arreglar definitivamente este problema».

Se desprende de la sentencia que la demanialidad debe ser ejercida de forma exclusiva en la totalidad del inmueble, y que si no se produce dicha totalidad demanial, este régimen cede a favor del régimen de propiedad privada. La sentencia no tuvo en cuenta ninguno de los requisitos determinantes del dominio público: ni la pertenencia a la Administración, ni la afectación a un servicio público, ni la realización de trabajos de adecuación de este local para que sirviera como archivo —lo que la doctrina y jurisprudencia han venido denominando *aménagement*— (29).

La incompatibilidad entre el dominio público y privado se inclina así a favor del privado. Nos podríamos preguntar por qué se realiza esta cesión, cuando se dan todas las características del dominio público. Esta cesión no es más que una eliminación de la protección, que se establece a través del régimen demanial, a los servicios y usos públicos. Esta sentencia sigue a una jurisprudencia y doctrina francesa, que parecía ya superada, que consideraba incompatible, o en todo caso muy difícil, la relación entre el dominio público y la copropiedad (30).

2. *La inalienabilidad del dominio público y su compatibilidad con las servidumbres sobre el dominio público*

El argumento en el que se ha basado la doctrina y la jurisprudencia para determinar esta incompatibilidad es el de la inalienabilidad del dominio público. La inalienabilidad, que, como sabemos, es un requisito esencial para la protección del mismo, está establecida de forma expresa en el artículo 52 del *Code du Domaine de l'Etat*. Esta protección parece ser incompatible con las servidumbres establecidas en el estatuto de la copropiedad (31) y con el *règlement conventionnel*, que establecen los copropietarios para determinar el destino de la propiedad. Ambas normas se sitúan como contrarias a la libertad que tiene la Administración para determinar el destino del dominio público.

Las consecuencias que se han ido atribuyendo al principio de inaliena-

(29) Vid. DUBAU, *Note a CE 11 de février 1994*, «AJDA», 1994.

(30) Vid. BESOMBES-SINGLA, «Droit de superficie et constructions en volumes», en *Pratique et évolution de la copropriété*, Congrès de Notaires, Strasbourg, 1976.

Vid. DUBAU, *Le domaine...*, op. cit.

La doctrina privatista también ha estudiado este tema.

(31) Ley de 10 de julio de 1956.

Las sentencias del Consejo de Estado de 16 de mayo de 1985, *aff. Association Eurolat et Crédit Foncier de France*, y de 10 de diciembre de 1954, *aff. Commune de Champigny-sur Yonne*.

bilidad, por gran parte de la doctrina, son numerosas. Entre ellas quisiéramos destacar la de la prohibición de gravar el dominio público, para provecho de terceros, estableciendo derechos de usufructo, enfiteusis, servidumbres... (32). Para DUFU, la inalienabilidad no se opone «a la constitución de todos los derechos reales, sino de los derechos reales en sentido civil, aquellos que son en favor de terceros» (33).

Las jurisprudencias civil y administrativa ha mantenido posturas enfrentadas con respecto a la admisión o no de servidumbres sobre el dominio público. Mientras que la primera las admite, la segunda las prohíbe. La prohibición de las servidumbres sobre el dominio público ha sido matizada por distintas sentencias, algunas de las cuales han aceptado que las servidumbres que gravan un bien antes de su entrada en el demanio público continúen gravándolo cuando éste ya esté bajo la protección del régimen demanial (34). Estas servidumbres pueden continuar gravando al bien que ha entrado a formar parte del dominio público si no son incompatibles con la afectación del bien (35).

Por su parte, GAUDEMET mantiene que la protección pretendida por la inalienabilidad no es contraria a la existencia de servidumbres y afirma que la prohibición de las mismas sobre el dominio público «no responde a ningún fundamento serio» (36). Las relaciones entre propiedades en volumen (37) públicas y privadas, con regímenes jurídicos distintos, pertenecientes a un mismo inmueble no plantean más dificultades que las que se plantean en las relaciones jurídicas entre propiedades privadas entre sí. Así, la jurisprudencia y la doctrina han admitido, sin ningún tipo de matices, las servidumbres públicas sobre la propiedad privada, no encontrando ninguna incompatibilidad (38). En cambio, para el supuesto inverso —servidumbres privadas sobre el dominio público—, tanto la doctrina como la

(32) Vid. CHAPUS, *Droit Administratif général*, tome II, Ed. Montchrestein, 1992.
Vid. LAVAILLE, *L'art. 13 de la loi du 5 janvier 1988 et l'évolution du droit de la domanialité publique*, «CJEG», 1988.

(33) Vid. DUFU, *Domaine...*, Juris-Classeur.
Vid. SIMONIAN-GINESTE, *L'avenir du principe de l'inalienabilité du domaine public*, «Revue de Droit Immobilier», 1989.

(34) CE 30 de marzo de 1928, aff. Ministère de Travaux Publics.

CE 11 de mayo de 1959, aff. Dauphin.

Trib. Adm. de Nantes 8 de octubre de 1987.

(35) La doctrina también ha desarrollado esta teoría sobre la compatibilidad de las servidumbres con el dominio público.

Vid. SABLIERE, *Les servitudes...*, op. cit.

Vid. GALABERT et GENTOT, *Existence et conditions d'exercice d'une servitude sur une dépendance du domaine public*, «AJDA», 196.

(36) Vid. GAUDEMET, *La superposition des propriétés privées et du domaine public*, Dalloz, Sirey, 1978.

Vid. SABLIERE, *Les servitudes...*, op. cit.

(37) Las propiedades en volumen es el nombre utilizado por la doctrina civilista y también administrativista para designar la división dentro de un único inmueble de propiedades diferentes.

Vid. GAUDEMET, *Les constructions en volume sur le domaine public*, «CJEG», 1991.

(38) Vid. A. LAUBADÈRE, *Traité de Droit Administratif*.

CE 28 de junio de 1963, aff. Mousset.

jurisprudencia se han mostrado contrarias, de forma mayoritaria. La compatibilidad sería posible, según GAUDEMET, si las servidumbres que recaen sobre el mismo son compatibles con la afectación (39). DUFAU admite, también, las servidumbres sobre el dominio público, si existe compatibilidad entre éstas y el destino del bien. A la jurisdicción contencioso-administrativa le corresponderá en cada caso que llegue a su conocimiento la apreciación de la compatibilidad entre la afectación y la servidumbre (40).

La mencionada doctrina permite el desarrollo de la copropiedad pública y privada en un mismo inmueble, protegiendo la afectación. En esta doctrina se puede basar la argumentación en contra de los que no admiten las servidumbres sobre el dominio público, ya que iría en contra de la inalienabilidad, que no es más que una protección de la afectación, como ya hemos manifestado anteriormente, quedaría perfectamente garantizada. La inalienabilidad no es contraria a la servidumbre o a otros derechos reales sobre el dominio público sino, todo lo contrario, que sirve para proteger la afectación del bien (41). De esta forma la Administración no puede dejar la afectación ya que le está prohibido alienar. No existe, desde ninguna perspectiva, ninguna relación lógica-imperativa entre la inalienabilidad y la ausencia de servidumbre.

La servidumbre asegura la existencia de dos titulares de derechos sobre un bien que sirve a otro bien. Además, la inalienabilidad queda asegurada siempre que se respete la adecuación de la servidumbre a la afectación (42). DUGUIT, que se opuso a los derechos reales administrativos, no lo fundamentaba en la inalienabilidad (43), al no encontrar argumento para ello.

Esta propuesta de compatibilidad parece una solución para resolver los problemas que plantean las servidumbres sobre el dominio público y así, de esta forma, se podría resolver la compatibilidad del régimen de copropiedad entre el dominio público y la propiedad privada. Pero esta solución no parece satisfacer a la jurisprudencia, que continúa manteniendo tesis restrictivas (44).

QUERRIEN, Consejero de Estado y principal promotor de la última reforma del *Code du Domaine de l'Etat* de 1994 (45), no admite las servidumbres sobre el dominio público, y mantiene que la existencia de las mismas sobre

(39) Vid. GAUDEMET, *La superposition...*, op. cit.

(40) Vid. DUFAU, *Le domaine...*, op. cit.

(41) Vid. WALLINE, *Droit Administratif*, Ed. Sirey, 1957, pág. 831.

Vid. CHAPUS, *Droit administratif spécial*, Cours de Droit polycopié 1970-1971, pág. 411.

El Consejo Constitucional en su decisión de 21 de junio de 1994 considera la inalienabilidad una consecuencia de la afectación.

(42) Vid. PAULIAT, *Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat*, PUF, 1994, tome II, pág. 182; dice que la «inalienabilidad asegura la afectación que realiza el derecho real».

(43) Vid. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, tome III.

(44) Vid. LLORENS, *Domianialité publique et copropriété*, «RDP», 1990. Este autor apunta que la solución debería estar en una adaptación recíproca del *status* de la propiedad pública y la copropiedad.

(45) Reforma de 25 de julio de 1994.

el dominio público es una alienación (46). Esta misma postura fue mantenida por el Consejo de Estado el 13 de junio de 1989 (47), que sostiene que unas obras realizadas sobre el dominio público por el titular de una autorización de ocupación eran consideradas como dominio público. Si no se hubieran considerado como dominio público, o bien se habría constituido un derecho real sobre el dominio público, situación que el Consejo de Estado considera incompatible, o el bien habría dejado de ser dominio público porque existirían unas obras sobre el mismo que serían de propiedad privada.

El Consejo de Estado ha apuntado algunas soluciones en otros documentos, pero la principal se encuentra en la elaboración de una ley que regule de forma global y única estas relaciones tan conflictivas. Es por esta razón que el Consejo de Estado reclama al poder legislativo la elaboración de la ley (48).

Existen en la doctrina posturas intermedias que se sitúan entre aquellos que defienden que no existen razones de incompatibilidad y los que la mantienen de forma total y absoluta. En este sentido se manifiestan FANTOME y MOREAU, que sostienen que la compatibilidad servidumbre-dominio público no es permanente puesto que la afectación puede variar y que, por tanto, las servidumbres no son permanentes, sino a precario (49), y que solamente se mantienen mientras puedan compatibilizarse ambas.

En cualquier caso, la sentencia de 1994 cierra las puertas a las tesis defendidas por GAUDEMET, SABLIERE y DUFAU, entre otros, que mantuvieron interpretaciones más posibilistas y acordes con la realidad. Seguramente la sentencia utiliza esta tesis jurisprudencial, superada incluso por el propio Consejo de Estado (50), por motivos bien diferentes. Creemos entender que la tesis de la incompatibilidad entre el dominio público y la copropiedad fue el argumento, dentro de una línea jurisprudencial existente, para juzgar la no responsabilidad de la Administración y, por tanto, no tener la responsabilidad de indemnizar a la compañía.

SABLIERE se plantea, después de la sentencia de la *Compagnie d'Assurances Préserve foncière*, tres supuestos para intentar dar respuesta al problema planteado en esta difícil relación entre el dominio público y la propiedad privada (51). El primero es que no existe incompatibilidad entre

(46) Vid. QUERRIEN, quien afirma que «le domaine est inalienable et imprescriptible, ce qui entraîne deux catégories de conséquences... la seconde, c'est qu'il est interdit de constituer sur le domaine des droits réels, même touchant les installations qu'on y édifie puisque compte tenu de l'accession, elles font partie du domaine public, et que créer des droits réels, c'est démembrer, donc aliéner». *Domaine public, protection, redéploiement, partenariat*, «Etudes Foncières», 1994.

(47) *Etudes et Documents du Conseil d'Etat*, 1990.

(48) *Etudes et Documents du Conseil d'Etat*, 1987; en el documento *Droit de Propriétés publiques* y en la sentencia del Consejo de Estado de 6 de mayo de 1985, *aff. Association Eurolat-Crédit Foncier de France*.

(49) Vid. FANTOME et MOREAU, *Note à CE 6 mai de 1985, aff. Association Eurolat-Crédit Foncier de France*, «AJDA», 1985.

(50) *CE 3 de julio de 1959, aff. Ministère de Travaux Publics*, «RDP», 1960, note de WALLINE.

CE 1 de junio de 196, *aff. Soulat*.

(51) Vid. SABLIERE, *Domaine public, ouvrage public et copropriété*, «CJEG», 1994.

dominio público y privado, ya que no existe copropiedad. Este supuesto se plantea cuando, aun cumpliéndose los requisitos de demanialidad sobre un bien, una ley impone al mismo el régimen de propiedad privada. Consecuentemente, desde esta imposición no existe la copropiedad (52).

El segundo supuesto es que existe dominio público por voluntad expresa del legislador, que impone su existencia. Tampoco aquí existe copropiedad (53). Esta solución deja sin resolver el problema de la superposición de volúmenes entre el dominio público y la propiedad privada.

Finalmente, el tercer supuesto plantea la inexistencia de incompatibilidad entre la copropiedad y el dominio público. Este supuesto sólo es aceptado de forma reiterada y sin reservas por la jurisprudencia cuando el bien que ha entrado a formar parte del dominio público se encontraba ya en un régimen de copropiedad. Este bien, como bien privado, ya se encontraba gravado por las servidumbres propias de la copropiedad. Este parece ser un caso de presunción de inocencia, es decir, la servidumbre era ya anterior al régimen de dominio público y, por tanto, se presume que la Administración no quiere gravar al bien, o alienar el bien. Otro caso en que también se admite la copropiedad es cuando la Administración posee una cuota importante de la misma, que le permite controlar las decisiones de la comunidad, de tal forma que éstas no vayan en contra del régimen jurídico del dominio.

En la práctica la Administración ha tomado decisiones, algunas dentro de la legalidad y otras fuera de la misma, para hacer posible la coexistencia bajo un mismo inmueble de la propiedad privada y del dominio público (54). Resaltemos, pues, que la normativa permite y admite las servidumbres sobre el dominio público, siempre que éstas sean conformes al destino del servicio público (55). Posteriormente, otros textos normativos

(52) La sentencia de 10 de marzo de 1978, aff. «OPHLM» de la Ville de Nancy, en la cual M. Labetouelle en sus conclusiones afirma que «les dispositions législatives en vertu desquelles les contrats passés par les offices avec leurs locataires relèvent du droit privé, sont incompatibles avec l'appartenance au domaine public et doivent s'interpréter comme excluant cette appartenance».

(53) Este es, por ejemplo, el supuesto que se plantea en el *code de la voirie routière* para las autopistas y carreteras nacionales.

Vid. LATOURNIERE. *Les critères de la domanialité publique*, «CJEG», 1991.

(54) L'Ordonnance n.º 59-237, de 4 de febrero de 1959, en su artículo único dispuso:

«En vue de permettre d'aménager la gare de Maine à Paris et de notamment de construire des immeubles à usage commercial, professionnel ou d'habitation, et des locaux annexes, la Société Nationale des Chemins de Fer français est autorisée, sous réserve d'approbation par son autorité de tutelle et avec l'accord du Ministre de Finances et des Affaires économiques, à consentir sur le domaine public ferroviaire des servitudes de toute nature au profit des immeubles privés construits dans ces conditions, dans la mesure où l'exercice de ces servitudes conventionnelles ne fera pas obstacle au fonctionnement du service public.»

(55) En el *cahier de charges* se precisó el contenido de las servidumbres que afectaban a este dominio público, que reproducimos:

«Toutes les parties portantes des ouvrages du domaine public notamment appuis, soutènements, contreventements, poutres et planchers, devront

han previsto de forma reiterada las servidumbres sobre el dominio público (56).

Otras soluciones se han diseñado en fórmulas de «ingeniería jurídica» donde se dividía una propiedad en volúmenes, donde unos se desafectaban y otros no, pasando los primeros a formar parte del dominio privado de la Administración, mientras que los otros continuaban formando parte del dominio público (57). Para constituir las servidumbres se adoptaban diferentes fórmulas: no usar el término servidumbre en el *cahier de charges*, pero si *droits d'usage* o *services reciproques* aceptar su existencia si no son incompatibles con la afectación y la previsión de servidumbres, antes de la creación del dominio público, para su posterior supervivencia una vez el bien entraba a formar parte del demanio.

Esta última solución es en la actualidad contraria a la jurisprudencia del Consejo de Estado, que en el caso *Eurolat* (58) declaró no sólo la imposibilidad de constituir derechos reales sobre el dominio público, sino también sobre bienes que pertenezcan a la Administración y que vayan a ser destinados al dominio público. A esta previsión de bienes privados de la

être établies pour leur permettre de résister aux charges qu'elles reçoivent d'assurer, pour ce qui les concerne, la perennité des ouvrages situés au-dessus, au-dessous et aux abords.

Les installations du domaine public ferroviaire supporteront, dans les conditions fixées par l'ordonnance du 4 février 1959 toutes les servitudes habituelles en usage dans les immeubles superposés ou voisins et nécessaires à l'aménagement ou à l'utilisation des locaux privés construit au-dessus, en dessous ou latéralement (conduits de fumée et de ventilation, distributions et canalisations diverses notamment ainsi que celles résultant des circulations verticales prévues: ascenseurs, monte-charge, escaliers), ces servitudes devant s'exercer de manière normale en réduisant au minimum les gênes permanentes ou temporaires susceptibles d'en résulter pour le domaine public. Les immeubles des acquéreurs, longeant l'emprise du chemin de fer pourront être edifiés à la limite même de l'emprise du domaine public, le long du quai transversal: ces immeubles pourront posséder des baies et des vues directes sur le chemin de fer et, le cas échéant et en accord avec le SNCF, des saillies.

Sur toutes les cloisons, dalles, appuis, limitant le domaine public, les acquéreurs pourront, sous réserve d'accord de la SNCF sur les conditions techniques, accocher, fixer, poser, suspendre, réaliser, tous dispositifs d'usage courant, compte tenu de l'affectation des locaux privés ou ouvrages (plafonds, planchers, décorations verticales, escaliers, canalisations, appareillage d'ascenseur, trottoirs, chaussées, etc...).

La SNCF supportera sur son domaine, dans les conditions prévues à l'art. 15, le passage des branchements nécessaires pour raccorder les constructions privées aux canalisations et réseaux divers: égouts, électricité, téléphone, chauffage urbain, etc... sous réserve du respect des hauteurs de dégageant.»

(56) Décret de 3 de octubre de 1969, gare de Gobelins.

Décret de 25 de febrero de 1971, gare de Glacière-Gentilly.

Décret de 25 de marzo de 1971, gare la Varenne-Chennevières.

Décret de 20 de marzo de 1972, línea d' Auteuil à la Rapée.

Décret de 3 de marzo de 1975, línea d'Auteuil à la Rapée.

(57) Esta técnica se aplicó a diferentes inmuebles como en la *Défense*, el barrio de *les Halles* o el de *Front du Seine*.

(58) CE 6 de mayo de 1985, aff. Association Eurolat-Crédit Foncier de France.

Administración que podrán ser en el futuro bienes de dominio público se le ha denominado por la doctrina *domaine public virtuel* (59). El Consejo de Estado aplica principios del demanio público al demanio privado de la Administración, para proteger la propiedad de la Administración frente a los derechos que se hubieran podido constituir de terceros sobre el dominio. Podemos observar que en esta sentencia, aunque no se cita en ningún momento la incompatibilidad entre las servidumbres y el dominio, se declara imposible la existencia de las mismas sobre el dominio privado, para proteger un «posible» dominio público.

Realmente, la «ingeniería jurídica» utilizada podía y puede ser una desviación de poder, ya que la Administración conseguiría gravar el dominio público con servidumbres, al haber gravado con anterioridad el dominio privado de la Administración, sabiendo que este bien con posterioridad va a entrar a formar parte del dominio público.

La reforma de 1994 (60) ha significado un avance importante por lo que respecta a la aceptación de la compatibilidad entre el dominio público (es especial, su característica de inalienabilidad) y la existencia de derechos de terceros o limitaciones sobre el dominio público, que no es más que admitir una situación jurídica semejante a la que genera el régimen de copropiedad sobre el dominio público.

En esta Ley se admite la existencia de derechos reales sobre el dominio público y que los mismos no son contrarios a la inalienabilidad, según ha declarado el Consejo Constitucional en su decisión de 21 de julio de 1994 (61). El derecho real «confiere a su titular, durante el período de la autorización y en las condiciones y límites precisados en esta sección, las prerrogativas y obligaciones del propietario» (62). El derecho real, que se otorga a través de una autorización, no es contrario al principio de inalienabilidad: el título es por un período de tiempo y para unas obras determinadas, solamente puede cederse en las condiciones previstas en la Ley, y por el tiempo que falte hasta la finalización del derecho real; puede hipotecarse, aunque la hipoteca debe finalizar en el mismo momento que la finalización del derecho (63). El *Conseil Constitutionnel* basó su decisión en que, a pesar de que exista un derecho real que grave el dominio público, existe la continuidad del servicio y se protege la propiedad pública. De esta forma se cumplen las dos características para que exista la compatibilidad. El derecho real no solamente no vulnera la continuidad del servicio público, sino que más bien la protege, ya que el título que se le da es conforme a la utilidad pública y, si no se ejercita conforme a la misma, se da un supuesto de revocación (64).

(59) Vid. FATOME et MOREAL, *Note à l'arrêt du CE 6 mai 1985*, «AJDA», 1985, págs. 620 y ss.

(60) Reforma de 25 de julio de 1994.

(61) Vid. GONDOVIN, *La décision du Conseil Constitutionnel*, «AJDA», 1994.

(62) Artículo L 34.1 al. 1 y 2 del *Code du Domaine de l'Etat*.

(63) Artículo L 34.1 al. 3 y artículo L 34.2 al. 1, 2 y 3 del *Code du Domaine de l'Etat*.

(64) Vid. GONDOVIN, *La décision...*, op. cit.
Consejo Constitucional 21 de julio de 1994.

La segunda característica fue ya defendida por HAURIUO, defensor de los derechos reales administrativos (65). Los derechos reales al recaer sobre el dominio público tienen características especiales: la precariedad y la *innoposabilité*. Características que protegen también el régimen demanial. Estas particularidades han llevado a considerar, a parte de la doctrina, que se desnaturaliza el derecho (66).

Por el contrario, el *Conseil Constitutionnel* no declaró conforme a la Constitución el artículo 34.4, en el que se disponía que la autoridad competente podía acordar al beneficiario de un título de ocupación del dominio público de treinta años un nuevo título de ocupación. Este título que venía a prorrogar al ya existente provocaba una espera en la protección de la propiedad pública (67). El *Conseil Constitutionnel* exigió que el derecho real tuviera un plazo determinado, para así proteger al servicio público y la propiedad pública. Entre las prerrogativas de que dispone la Administración para proteger el dominio público se encuentra la de poder limitar temporalmente los derechos reales que recaigan sobre el mismo.

El derecho real, previsto en la Ley, que recae sobre el dominio público es un derecho real administrativo que puede oponerse contra terceros y contra la propia Administración, en el supuesto de que lo revocara antes de terminar el plazo de su ejercicio. En este último supuesto, el derecho no desaparece sin más, sino que la Administración Pública debe indemnizar al titular. A la prerrogativa de la Administración de revocar el derecho real existente, el titular tiene derecho a ser indemnizado (68).

En cuanto al primer requisito para la existencia de dominio público, la pertenencia del bien a la Administración Pública, queremos poner de relieve que se dan supuestos confusos sobre la propiedad de la Administración de bienes en régimen de dominio público. Los bienes son propiedad de la Administración, pero en cuanto existen volúmenes superpuestos con regímenes diferentes al del dominio público la doctrina y la jurisprudencia, de forma mayoritaria, mantienen dudas o incluso niegan la existencia de dominio público, aun dándose los requisitos de afectación y *aménagement*.

En realidad, creemos que la propiedad pública y privada pueden existir en «volúmenes superpuestos» y que se deben soportar servidumbres de unos en favor de los otros, como en todas las relaciones de vecindad. La propiedad pública, en cuanto que está afectada a un servicio o uso público, ostenta este régimen jurídico especial, en el que una de sus notas más importantes es la inalienabilidad. La Ley de 1994 admite la compatibilidad

Vid. BRARD, *Domaines, public et privé des personnes publiques*, Dalloz, 1994, pág. 56, donde explica que realmente es difícil aceptar que existe continuidad en la prestación del servicio público si los bienes salen del patrimonio público.

(65) Vid. HAURIUO, *Précis de Droit Administratif*, 1933, págs. 795 y 862.

(66) Vid. DE LAUBADÈRE, VENEZIA, GAUDEMET, *Traité de Droit Administratif*, tome II.

(67) En el mismo sentido se había ya pronunciado el *Conseil Constitutionnel* en la Decisión núm. 86-207, de 25 y 26 de junio de 1986, y núm. 86-217 DC, de 18 de septiembre de 1986. Las empresas que formaban parte del patrimonio público no pueden ser privatizadas por precios inferiores a su valor. Si se realizará así, el *Conseil* declaró que no existe protección de la propiedad pública.

(68) Vid. FATOME y TERNEYRE, *La loi du 25 juillet de 1994*, «AJDA», 1994.

entre el derecho real y la inalienabilidad, como acabamos de ver; por tanto, el propio legislador, junto con el *Conseil Constitutionnel*, admiten que se puede aceptar el contacto y las cargas sobre el demanio. Nos parece que no es necesario ceder el régimen de dominio público ante el régimen de propiedad privada por la existencia de servidumbres.

3. La afectación

La afectación a un uso o servicio público es el otro requisito necesario para la existencia de dominio público. Este es un requisito que ha sido elaborado y exigido de forma reiterada por la jurisprudencia (69), la doctrina y el propio legislador. La afectación fue el criterio que para HAURIU y DUGUIT determina la demanialidad (70).

Al requisito de la afectación se le ha ido exigiendo la necesidad de que el bien tenga un *aménagement* especial, que no es más que una adecuación específica del bien, a nivel material, al servicio o uso público al que va a destinarse. Con respecto a la necesidad y a la exigibilidad del *aménagement* la jurisprudencia ha sido muy diversa, y podríamos afirmar que ha utilizado este requisito de forma interesada (71).

Así, el requisito del *aménagement* ha sido entendido por la jurisprudencia de tres formas distintas: la primera interpretación considera que se da este requisito cuando se han realizado instalaciones materiales sobre el bien de propiedad de la Administración (72); la segunda se basa en la situación geográfica del bien (73), y la tercera es que existe el mencionado requisito si se producen simultáneamente las dos situaciones anteriores (74).

Esta variedad de interpretaciones le ha proporcionado al Consejo de Estado la posibilidad de jugar con dichos conceptos de forma interesada en ocasiones. También debemos añadir que en otras ocasiones la jurisprudencia ni tan sólo ha citado este requisito para calificar un bien como dominio público.

La afectación real se impone por parte de la Administración, de tal forma que no es necesario un acto específico de *classement*. La protección del

(69) CE 9 de mayo de 1952, aff. Delort.

CE 30 de octubre de 1957, aff. SNCF contre Soc. Riverain.

CE 28 de junio de 1961, aff. Soulat.

CE 17 de octubre de 1977, aff. Mnn. Defforge.

CE 22 de abril de 1977, aff. Michaud.

CE 18 de mayo de 1977, aff. Charvet.

CE 15 de enero de 1979, aff. Payan.

(70) Vid. SORAT, *La notion d'affectation en matière demaniale*, «RDP», 1958.

(71) Vid. SABLIERE, *À propos de quelques arrêts...*, op. cit.

Vid. HERVOUET, *L'utilité de la notion d'aménagements spéciaux dans la théorie du domaine public*, «RDP», 1983.

(72) CE 13 de julio de 1961, aff. La Ville de Toulouse.

(73) CE 5 de febrero de 1965, aff. Sté. Lyonnaise de transports.

(74) CE 19 de octubre de 1956, aff. Sté. Le Béton.

CE 6 de marzo de 1963, aff. Ville d'Ouen.

dominio público, que se muestra a través de su régimen jurídico, se impone al bien por el simple hecho de estar destinado a un uso o servicio público (75). Este régimen jurídico es imperativo y, en consecuencia, la Administración no puede disponer del mismo (76), excluyendo por sí mismo cualquier regla que sea contraria al mismo (77).

Como acabamos de mencionar, el destino real del bien es determinante para la demanialidad, aunque, en determinados casos, esta última se dé por motivos de accesoriidad.

4. *Lo accesorio como parte integrante del dominio público*

Otro aspecto importante es determinar la extensión del dominio público a partir de este nuevo elemento —accesoriidad—. Tradicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia francesas han admitido que el dominio público se extienda a sus *dependances*. La dificultad reside en saber qué es lo que comprende este término. Si analizamos el contenido que se le ha dado en la jurisprudencia, nos encontramos con un contenido ciertamente variable, cuando no contradictorio. Algunas sentencias abordan las *dependances* como anexos, prolongaciones o complementos; otras las califican de «parte integrante» del dominio público (78). Mientras que el término más utilizado actualmente es el de *accessoire*, y la jurisprudencia habiendo caído en desuso *dependances*.

CHARLES (79) afirma que *l'accessoire* del dominio público se fundamenta en la idea de que el bien principal y el accesorio tienen una utilidad común, de tal manera que este volumen accesorio forma parte de la afectación y, en consecuencia, se le aplica el régimen demanial (80).

La teoría de la accesoriidad comporta que el régimen demanial se extienda a bienes que están relacionados con el bien de dominio público, bien por razones de carácter físico o material, o bien por razones funcionales. La relación de carácter físico viene determinada por la situación del bien accesorio con respecto al principal; en cambio, la funcional viene determinada por la utilidad que el bien accesorio tiene con respecto al bien de dominio público.

(75) La *Cour Administrative d'Appel* de París, en su sentencia de 20 de junio de 1989, sólo tiene en cuenta la afectación real y no si el bien está clasificado o no.

El Consejo de Estado se ha pronunciado en varias ocasiones en este sentido: CE 9 de noviembre de 1935, aff. Commune de Roquefeuil; CE30 de mayo de 1958, aff. Delort.

(76) CE 22 de abril de 1977, aff. Michaud.

TC 3 de diciembre de 1979, aff. Ville de Paris contre Société d'établissement du Pont Neuf.

CE 16 de mayo de 1985, aff. Association Eurolat-Crédit Foncier de France.

(77) Vid. LLORENS, *Domanialité publique...*, op. cit.

(78) Vid. ALLINE, *Domanialité publique et ouvrages complexes*, «AJDA», 1977.

(79) Vid. CHARLES, «Accessoire et domaine public en droit administratif français», en *Mélanges Stassinopoulos*.

(80) Vid. ALLINE, *Domanialité...*, op. cit.; en este trabajo ALLINE estudia la noción de dominio público global. Se puede utilizar este concepto, según el autor, cuando dentro de un edificio de instalaciones existen espacios no utilizados, o utilizados con fines distintos.

El Consejo de Estado ha utilizado ambos criterios para considerar como bienes de dominio público aquellos que no siendo bienes principales, bien por estar situados encima o debajo de los mismos o por serle de utilidad, participan del régimen de demanialidad de los mismos. Cuando nos preguntamos el porqué de esta comunicación automática de la demanialidad entre el bien principal y el accesorio, vemos que la jurisprudencia francesa ha considerado que esta expansión se produce en razón de que los bienes son indisociables, es decir, forman parte de un todo.

Por otro lado, tenemos distintas decisiones del Consejo de Estado que corroboran la expansión automática de la demanialidad entre el bien principal y el accesorio. Así, por accesoriedad, pasarían a ser de dominio público una galería subterránea situada debajo de una calle (81), o una conducción situada bajo una calle pública (82), o un pabellón situado en un paseo público (83), o un muro que sostiene una calle (84).

Como se puede apreciar en todas estas sentencias, el criterio utilizado para considerar los bienes accesorios como dominio público ha sido el de su situación. Sin embargo, en otras sentencias el Consejo de Estado ha decidido que la situación no es un requisito suficiente. Así, en una sentencia de 1972, el Consejo afirmó que una canalización de agua no era dominio público, ya que no constituía un elemento necesario en relación a la circulación de la calle (85); anteriormente, también había realizado esta afirmación en relación a un puente sobre un río, que no fue considerado como bien accesorio por no ser necesario para el río, sino para otras finalidades (86).

Fijémonos que en estos últimos supuestos; además de buscarse una relación de vecindad, se busca una relación de «necesidad» entre el bien de dominio público y el accesorio.

Contrariamente a las tesis mantenidas en las sentencias citadas anteriormente, la jurisprudencia declara la no accesoriedad en supuestos muy parecidos a los anteriores. Así, los *murs longeant* de la vía pública no forman parte del dominio público (87), ni los de *surplomb de la voirie* (88) son considerados de dominio público (89). Por el contrario, las obras necesarias para la protección de la vía pública sí que son dominio público por accesión. En este último supuesto, el Consejo utiliza la teoría de derecho pri-

(81) CE de 26 de noviembre de 1937, aff. Préfet de Maure et Loire.

(82) CE 28 de mayo de 1971, aff. Gautheron.

(83) CE 14 de junio de 197, aff. Eide.

(84) CE 20 de febrero de 1977, aff. Mn. et Mme. Amouron. En dicha sentencia se declara que el muro que sostiene la calle es de dominio público porque es «une dépendance de ladite voie dont il est accessoire indispensable».

(85) CE 30 de junio de 1972, aff. Société Lyonnaise des eaux et de l'éclairage.

(86) CE 27 de mayo de 1964, aff. Chevret.

(87) CE 8 de mayo de 1970, aff. Sté. Nobel Bozel, «AJDA», 1970.

(88) CE 6 de octubre de 1978, aff. Syndicat de propriétaires de la résidence du Val de Sebres.

(89) CE 3 de marzo de 1926, aff. Ville de Pontivy.

CE 26 de marzo de 1969, aff. Ferriet et Gatelet.

Vid. SINGER, *Voie publique et mur de soutienement*, Dep. de comunes de France, 1980.

Vid. DUFAU, *Le domaine...*, op. cit., tome II.

vado de la accesión para determinar la accesoriedad, teoría que analizaremos posteriormente.

En la sentencia de 8 de agosto de 1990, en la que se planteó la aplicación o no de la teoría de la accesión al dominio público, se analizó el siguiente supuesto: la ciudad de París compró unas parcelas en la región de París para construir en ellas unas canalizaciones de agua. Cuando el *Ministère d'Urbanisme, du Logement et des Transports* buscaba expropiar este terreno para construir una autopista, la ciudad argumentó que el terreno era de dominio público por accesión, ya que estaba situado encima de unas canalizaciones subterráneas de agua y que, por tanto, no se podía expropiar. Finalmente, el Consejo de Estado decidió que la superficie de la canalización no era dominio público, ya que no existe ningún *aménagement* y no era accesorio de las obras demaniales.

Fijémonos que en este caso, igual que en otros anteriormente señalados, es requisito indispensable, además de la continuidad física con el dominio público, la necesidad de utilización del bien por el dominio público. Esta necesidad o utilidad del bien accesorio al bien demanial es lo que hemos denominado el criterio funcional. Por ejemplo, DUFU (90), y con él una parte de la jurisprudencia, determinan que forman parte del dominio público por accesoriedad los bienes que sirven para conservar el bien (91), o para garantizar la seguridad (92), o para facilitar la utilización de las vías públicas (93).

Un inmueble dividido en diferentes volúmenes que son de propiedad pública y que tienen afectaciones diferentes carece de una demanialidad global o de una demanialidad basada en la vecindad. El inmueble debe dividirse en volúmenes afectados y no afectados, afirmaba el Consejo de Estado en el caso *Boulier* (94). Así, una parte no afectada al servicio público no era dominio público, aunque sí podía ser considerada como propiedad privada del municipio. Por consiguiente, la sentencia acepta la teoría de la accesión para extender el derecho de propiedad, pero no para extender el régimen demanial. La decisión es clara, son necesarios los requisitos de localización y de funcionalidad para la accesoriedad. Pero contrariamente a la forma de entender el criterio de funcionalidad de esta decisión, que nos parece correcta, el Consejo había tomado la decisión en el año 1985 (95) de que un parking que inicialmente se encontraba destinado a servicios

(90) Vid. DUFU, *Domaine public*, Jurisclasseur, op. cit.

(91) CE 3 de marzo de 1926, aff. Ville de Pontilly.

CE 28 de marzo de 1969, aff. Février et Gatelet.

CE 2 de marzo de 1977, aff. Sutra-Barbier.

CE 2 de junio de 1990, aff. Ets. Magna Sszuaa.

(92) CE 1 de noviembre de 1960, aff. Cnc. du Bugue.

CE 31 de mayo de 1989, aff. Ville de Mont St. Aignon.

CE 24 de octubre de 1986, aff. Ville de Rancy.

CE 20 de febrero de 1987, aff. Amouroux.

(93) CE 18 de diciembre de 1959, aff. Blanc.

CE 22 de abril de 1966, aff. Ville de Marseille.

(94) CE 24 de enero de 1990.

(95) CE 25 de enero de 1985, aff. Ville de Grasse.

municipales, pero que nunca sirvió para ellos, era una parte «indisociable del conjunto del inmueble» y que, en consecuencia, formaba parte del dominio público. Aquí la sentencia, sin que llegue a existir una afectación real del bien, la sobreentiende.

Veamos, por tanto, que los dos criterios han sido utilizados por el Consejo de Estado: en unas ocasiones, exigiendo solamente uno de los dos y, en otras, simultáneamente los dos. A continuación quisiéramos analizar algunas sentencias que nos parecen de especial interés y que ponen de manifiesto cómo ha juzgado el Consejo con los dos criterios a la hora de determinar qué bienes son accesorios y qué bienes no lo son.

En el caso *Le Beton* (96) se reconocen como dominio público los terrenos de un puerto que estaban alquilados para un uso industrial. Los motivos expuestos eran: vecindad y relación con las instalaciones portuarias. En la sentencia *Dauphin* (97) se afirmaba que *l'Allée des Alyscamps* de Arles era dominio público por estar afectada a un servicio público de carácter cultural y turístico y que había sido objeto de un *aménagement* especial. Aquí, la exigencia, además de la afectación, era la adecuación material que se había realizado del bien al servicio público. En el caso *Berthier* (98) de forma clara se exige que para que exista dominio es necesaria la afectación, y el *aménagement*. En cambio, en la sentencia de la *Société Lyonnaise de transports* (99) se considera que un garaje es de dominio público porque está en un terreno de la SCNF, es decir, por estar unido al servicio público, en cuanto que los usuarios del tren pueden dejar el coche para utilizar el servicio. Finalmente, quisiéramos poner de relieve la sentencia de la *Cour d'Appel de Lyon*, en la que se exige la dependencia funcional y física para que se dé el régimen demanial en el bien accesorio. En este caso, el Tribunal, siguiendo este criterio, excluye que una canalización del subsuelo sea dominio público por accesoriedad (100).

IV. LA TEORÍA DE LA ACCESIÓN Y SU APLICABILIDAD AL DEMANIO PÚBLICO

La pregunta que debemos plantearnos en este momento, fruto de las argumentaciones del propio Consejo de Estado, es si la teoría de la accesión de la propiedad privada es aplicable a la propiedad demanial, y si puede confundirse con la «accesoriedad».

La teoría de la accesión es una teoría de Derecho privado, por la cual el propietario de una cosa extiende su propiedad a todo lo que ella produce, a todo lo que se incorpora a ella, así como a todo lo que se encuentre encima y debajo de la superficie y de todas las construcciones, plantaciones y obras realizadas sobre el terreno o en el interior, a menos que se pruebe lo contrario (arts. 546, 551, 552 y 553 Código Civil).

(96) CE 19 de octubre de 1956.

(97) CE 11 de mayo de 1959.

(98) CE 20 de abril de 1960.

(99) CE 5 de febrero de 1965.

(100) 28 de enero de 1933, aff. Sté. fr. de Charserie.

Ante esta pregunta y de acuerdo con el concepto de la accesión existen dos respuestas posibles: o bien la accesión es una institución de Derecho privado no aplicable al dominio público, o bien sí se puede aplicar al dominio público. La primera respuesta ha tenido su fuerza en el siglo pasado cuando, el dominio público no se consideraba como un objeto de apropiación, sino un objeto sobre el cual la Administración Pública ejerce su guarda y vigilancia (101). Por tanto, difícilmente podía aplicarse el principio de la accesión, ya que faltaba el presupuesto previo, que era el de la propiedad.

Abandonada esta teoría, como ya hemos mencionado anteriormente, y aceptado de forma mayoritaria el derecho de propiedad de las personas públicas sobre el dominio público, se puede plantear la segunda respuesta, en la que se mantiene que sí es aplicable la teoría al dominio público. Pero existen dos posibles lecturas sobre la aplicación de la accesión: la primera mantiene que la accesión en el dominio público comporta la extensión de la propiedad pública, pero en ningún caso comporta que deba tener el régimen demanial el bien que por accesión es de propiedad de la Administración; la segunda mantiene que la accesión comporta de forma indivisible el crecimiento del dominio público.

En un primer momento, la jurisprudencia no utilizó la teoría de la accesión, ya que no admitía que el dominio público pueda ser objeto de propiedad (102). Fueron otras las jurisdicciones que se encontraron con situaciones en las que debían pronunciarse sobre el derecho de propiedad. Hay sentencias que admitieron la propiedad del subsuelo por la accesión a una superficie de dominio público y otras que no lo admitieron (103). Sin embargo, el Consejo de Estado en 1931 consagra como regla común a la propiedad pública y privada la teoría de la accesión (104) y ésta es la línea jurisprudencial que se ha mantenido y reiterado. Aunque también es justo resaltar que la accesión se ha aplicado bajo conceptos diferentes cuando se trataba de una accesión de dominio público. Así, *dépendances*, *accessoire*, *superposition*, *proximité* o *destination commune* son algunos de los términos utilizados para aplicar la accesión sobre el dominio público (105). Son la doctrina y la jurisprudencia las que, en algunas sentencias, han relacionado y complementado la teoría de la accesión del Derecho privado con los bienes accesorios del dominio público.

Todos estos requisitos necesitan una condición previa para incorporar un bien al dominio público: que la Administración sea la propietaria del bien.

(101) Vid. FATOME et TERNEYRE, *La loi du 25 juillet...*, op. cit.

(102) CE 16 de julio de 1909, aff. Ville de Paris.

CE 17 de enero de 1923, aff. Ministère de Travaux Publics.

(103) Vid. ALLINE, *Domanialité publique...*, op. cit.

(104) CE 7 de mayo de 1931, aff. Compagnie nouvelle des chalets de commodité.

(105) CE 19 de mayo de 1961, aff. S.C.I. de Bergene.

TA de Clermont-Ferrand 11 de octubre de 1974, aff. Consorts Marillot.

CE 26 de noviembre de 1937, aff. préfet du Maine et Loire.

CE 15 de julio de 1957, aff. Dayre.

QUERRIEN mantiene que del régimen de inalienabilidad del dominio público se deriva la teoría de la accesión a los volúmenes vecinos al mismo (106). Contrariamente a esta postura, entendemos que la accesión aplicada al dominio público comportaría una extensión negativa, sin límite ni objetivo; no debiendo perder de vista que el régimen demanial sirve para conservar y defender su afectación... (107).

La doctrina francesa ha ido limitando el concepto de dominio público y, de una forma especial, su extensión a los volúmenes vecinos. Así, LIET-VEAUX (108) afirma que los volúmenes vecinos solamente son de dominio público si tienen los elementos del mismo, es decir, la propiedad pública y su afectación. Otros autores como LABETOUELLE (109), MODERNE (110) o LATOURNIERE (111) consideran necesario que el volumen vecino al dominio público tenga un destino común o relacionado con su afectación.

ALLINE, por su parte, pone de relieve la existencia de supuestos en los que el suelo y el subsuelo responden a una misma finalidad, por lo que, según este autor, sería necesario atribuir carácter demanial al subsuelo del dominio público hasta una cierta profundidad, por coherencia estructural (112). Esta misma necesidad se constata para el espacio aéreo.

GAUDEMET considera que es posible aplicar la teoría de la accesión a la propiedad pública, pero que no existe ninguna razón para considerar que la accesión lleva consigo también el régimen jurídico del dominio público (113).

Así lo ha ratificado el Consejo de Estado en su fallo de 24 de enero de 1990, en el que el municipio de París pretendía extender la demanialidad a

(106) QUERRIEN, *Domaine public...*, op. cit. El Consejero de Estado afirma, como ya hemos citado anteriormente: «*Le domaine est inaliénable et imprescriptible, ce qui entraîne deux catégories de conséquences. La première: c'est qu'il avance en quelque sorte tout ce qu'on pose dessus: c'est la théorie de l'accésion...*»

(107) *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1987.

Así parece entenderlo el Consejo de Estado cuando declara:

«*En second lieu, la solidité du régime jurisprudentiel de la domanialité publique tient à son rélisme fondamental. Il ne s'agit pas de faire de l'immeuble en cause un bien de mainmorte. Il s'agit seulement de défendre l'affectation du bien à l'usage du public ou d'un service public, parce qu'elle répond à la mission même des personnes morales de droit public.*»

«*C'est pourquoi le régime de la domanialité publique n'est pas applicable à la totalité du tréfonds d'une parcelle ni automatiquement à la totalité des constructions édifiées sur cette parcelle. Ainsi, il ne met pas radicalement obstacle par lui-même à la cession de volumes en pleine propriété qui peut être nécessaire pour la réalisation de grandes opérations d'urbanisme.*»

(108) Vid. LIET-VEAUX, *Domanialité et sous-sol*, «*Revue Adm.*», 1965.

(109) Vid. LABETOUELLE, en «*AJDA*», 1968. Dice que sólo hay dominio público si existe un interés para el mismo.

(110) Vid. MODERNE, en «*AJDA*», 1971. Afirma que para que exista dominio público es necesaria la existencia de un destino común entre lo accesorio y lo principal.

(111) Vid. LATOURNIERE en conclusiones del Consejo de Estado de 28 de junio de 1935. Los volúmenes vecinos para ser dominio público deben estar *liés* al principal.

(112) CE avis de 11 de marzo de 1936.

Vid. ALLINE, *Domanialité publique...*, op. cit.

(113) Vid. GAUDEMET, *Les constructions en...*, op. cit., pág. 303.

otras dependencias de las cuales la Administración era propietaria y que eran contiguas al dominio público. Mme. Boulier, funcionaria de la *Ville de Paris*, vivía en un apartamento que era propiedad del municipio. Al dejar de prestar sus servicios como funcionaria, el Ayuntamiento quería dejar sin efecto esta adjudicación, justificándolo en que se trataba de dominio público, ya que el apartamento se encontraba situado en el mismo edificio que unos locales de servicios sociales del Ayuntamiento. En este sentido, el Comisario del Gobierno afirmó que todo el inmueble tiene un funcionamiento único (afectación a los servicios públicos municipales) y «que poco importa que el apartamento esté alquilado y tenga una utilización privativa distinta a la del servicio público».

Sin embargo, en la sentencia se afirma que la propiedad del Ayuntamiento es divisible y que, por tanto, existen locales destinados a un servicio público y otros que no lo están. Estos últimos forman parte de la propiedad privada de la Administración, y que no se convierten, a pesar de que sean volúmenes vecinos, en dominio público (114).

En cualquier caso, debemos decidirnos por cuál de los contenidos de la accesión nos pronunciamos al referirnos al dominio público. En todo caso, siguiendo a WALLINE, solamente podemos entender el régimen demanial como un régimen excepcional dentro de la propiedad de la Administración Pública. Por tanto, debemos pronunciarnos a favor de una no extensión del régimen si no existen condiciones de afectación a un uso o servicio público. De lo contrario desvirtuamos el significado del régimen demanial que se añade a la propiedad, pública en este caso, para protegerlo. Pero, por el contrario, en lo que se refiere a su protección demanial, ésta no se extiende más allá de lo que sea realmente accesorio, es decir, que tenga una afectación común al dominio principal.

V. CONCLUSIONES

Este trabajo es una reflexión basada en la jurisprudencia y la doctrina francesas que han ido matizando, variando y, si queremos decirlo de una manera más precisa, adaptando el viejo concepto del *domaine public* a las nuevas características de los tiempos más modernos: la falta de espacio en las grandes ciudades y el valor económico de la propiedad pública.

Los problemas que se han ido planteando en la Administración francesa ante los nuevos retos del dominio público también se están comenzando a plantear en nuestra doctrina y jurisprudencia, y lo harán con mayor intensidad aún en el futuro más inmediato. Creemos que, al igual que ocurre en Francia, este cambio de la estructura de los bienes demaniales requerirá un replanteamiento normativo del régimen jurídico de estos bienes.

La primera característica, la falta de espacio, ha impuesto a las cons-

(114) El Consejo de Estado mantuvo la tesis contraria en una sentencia de 11 de diciembre de 1957, en la que se admite que un apartamento cedido a un subjefto de la SNCF y que estaba situado en el edificio de la estación formaba parte del dominio público.

trucciones la superposición de volúmenes. El demanio público se ha visto afectado por esta superposición, de tal manera que se han planteado diferentes cuestiones en relación a su régimen jurídico y a la protección del mismo, que durante mucho tiempo ha permanecido inamovible. En particular, la inalienabilidad se había planteado como incompatible con la copropiedad, pero la jurisprudencia y, de una forma especial, la doctrina han ido admitiendo y compatibilizando ambas situaciones jurídicas.

Podemos obstinarnos en diferenciar volúmenes, pero la realidad del conjunto se impone a todas las independencias del régimen jurídico de la «propiedad», imponiendo las interdependencias que genera la copropiedad.

Todas estas situaciones descubren nuevas cuestiones que plantean interrogantes al concepto clásico del dominio público. El régimen jurídico especial de los bienes de dominio público está basado en la afectación, y lo que realmente se protege con la inalienabilidad de dichos bienes es esta afectación. Lo que resulta inalienable es la finalidad pública del dominio (115).

La extensión de la propiedad ha planteado a los civilistas importantes discusiones doctrinales. La jurisprudencia y la doctrina se han planteado si la teoría de la accesión, propia del Derecho privado, es aplicable o no al dominio público. La vacilante jurisprudencia sobre el tema ha llevado a situaciones realmente contradictorias. En todo caso, nos parece que hay que destacar, como ya hemos señalado anteriormente, que el régimen demanial sólo se extiende donde hay afectación, y donde ésta no existe solamente se debe tratar la extensión de la propiedad patrimonial de la Administración.

La superposición de volúmenes no lleva consigo la extensión de la demanialidad por razón de la accesión, solamente existirá esta extensión si se da una afectación común entre el bien demanial principal y aquel que está unido física y teleológicamente al mismo.

(115) Vid. Actes du colloque *Domaine Public et activités économiques*, «CJEG», 1991, pág. 39.

