

EL DOMINIO PÚBLICO FUNCIONALIZADO:
LA CORRIENTE DE VALORIZACIÓN

EL DOMINIO PÚBLICO FUNCIONALIZADO:
LA CORRIENTE DE VALORIZACIÓN

María de los Ángeles Fernández Scagliusi

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
MADRID, 2015

Colección: MONOGRAFÍAS

FICHA CATALOGRÁFICA DEL CENTRO DE PUBLICACIONES DEL INAP

FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, María de los Ángeles

El dominio público funcionalizado: la corriente de valorización / María de los Ángeles Fernández Scagliusi. -- 1ª ed. -- Madrid : Instituto Nacional de Administración Pública, 2015. -- 392 p. : 24 cm. -- (Monografías)

ISBN 978-84-7088-912-7 (formato papel). -- ISBN 978-84-7088-930-1 (formato electrónico). -- NIPO 635-15-026-8 (formato papel). -- NIPO 635-15-027-3 (formato electrónico)

1. Dominio público. 2. Bienes demaniales. I. Instituto Nacional de Administración Pública (España)

351.711

Primera edición: julio 2015

Catálogo general de publicaciones oficiales:
<http://publicacionesoficiales.boe.es>

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal).

Edita:

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

www.inap.es

ISBN: 978-84-7088-912-7 (formato papel) 978-84-7088-930-1 (formato electrónico)

NIPO: 635-15-026-8 (formato papel) 635-15-027-3 (formato electrónico)

Depósito Legal: M-23081-2015

Preimpresión: Contenidos y Proyectos ISLIZ

Impresión: Ulzama Digital

En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública.

A mis padres, María Rosa y Luis

EL DOMINIO PÚBLICO FUNCIONALIZADO: LA CORRIENTE DE VALORIZACIÓN

Este trabajo ha sido galardonado con el Premio INAP 2014
a la mejor tesis doctoral.

El jurado, presidido por *Don Jaime Rodríguez-Arana Muñoz*,
catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de La
Coruña, estuvo integrado por los
siguientes miembros:

Vocales:

Don Ricardo Rivero Ortega,
catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de
Salamanca.

Don Miguel Anxo Bastos Bouteta,
profesor titular de Ciencia Política de la Universidad de Santiago
de Compostela.

Don José Antonio Olmeda Gómez,
catedrático de Ciencia Política y de la Administración y decano
de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la UNED.

Don Luis Herrera Díaz-Aguado,
vocal asesor del INAP.

Secretaria:

Doña Guadalupe Herranz Escudero,
jefa del Departamento de Publicaciones, Estudios y
Documentación del INAP.

ÍNDICE

Presentación	21
Capítulo I. La valorización de los bienes demaniales en el marco de la teoría general del dominio público	27
1. La teoría general del dominio público.	27
1.1. El concepto de dominio público y su necesaria reformulación	27
1.1.2. El dominio público en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas	31
1.1.3. Los bienes públicos en el Código civil	33
1.1.4. Elementos que conforman el concepto de dominio público	34
1.1.5. Consecuencias de la extensión del concepto de bienes demaniales a los «derechos»	39
1.1.6. Las diferentes propuestas de reformulación de los conceptos de bienes demaniales y patrimoniales.	41
1.2. La relevancia del dominio público en el Derecho público de bienes.	50
1.3. La controvertida cuestión de la naturaleza jurídica del dominio público	51
1.4. Los dogmas configuradores del régimen jurídico demanial	55
1.4.1. Notas básicas	55
1.4.2. La inalienabilidad	56
1.4.3. La imprescriptibilidad.	57
1.4.4. La inembargabilidad	58
1.4.5. Consecuencias en el tráfico jurídico de la aplicación de los principios tradicionales del régimen demanial	58
2. La necesidad de matizar los principios tradicionales del régimen jurídico demanial y los obstáculos de esta orientación	60
3. Expansión y privatizaciones: dos tendencias contrapuestas que afectan a los bienes demaniales	64

4. El sistema singular de protección de los bienes demaniales	67
4.1. Régimen jurídico de las facultades y prerrogativas para la protección y defensa de los patrimonios públicos	67
4.1.1. Existencia de un «núcleo duro» aplicable por igual a los bienes demaniales y patrimoniales	67
4.1.2. Aspectos comunes al ejercicio de las prerrogativas de defensa y protección de los bienes públicos	70
4.2. La potestad de investigación	70
4.3. La potestad de deslinde	72
4.3.1. Regulación jurídica.	72
4.3.2. Antecedentes históricos	73
4.3.3. Los efectos del deslinde	75
4.4. Recuperación posesoria	76
4.5. La recuperación de oficio	78
4.6. El desahucio administrativo.	79
4.7. Régimen de inventario.	80
4.7.1. Introducción	80
4.7.2. La regulación efectuada por la LPAP y su Reglamento . .	80
4.7.3. Efectos jurídicos de los inventarios.	81
4.8. La inmatriculación registral.	82
4.8.1. Evolución legislativa de la inmatriculación registral . .	82
4.8.2. Características destacadas del régimen jurídico de la inscripción registral. Especial atención a los títulos inscribibles	85
Capítulo II. La búsqueda de la «valorización» del dominio público . .	89
1. La nueva pretensión de valorización de los bienes públicos	89
1.1. Consideraciones generales.	89
1.1.1. La obligatoria estabilidad presupuestaria como punto de partida y causa general de la corriente de valorización . .	89
1.1.2. La actividad financiera como necesidad de la acción administrativa	94
1.2. El término «valorización»: su significado.	95
1.3. Especial referencia a la valorización en el Derecho francés . .	99
1.4. La importancia económica de los bienes públicos	106
2. Las causas específicas del fenómeno de la valorización	108
2.1. El gasto público y la crisis económica.	108
2.2. La reformulación de las relaciones entre el Estado y la sociedad .	110
3. Los objetivos que se deben alcanzar mediante las operaciones de valorización	111

4. El dominio público, entre la valorización y la protección: necesario equilibrio entre ambas tendencias	115
4.1. La conciliación entre la valorización y la protección del dominio público	115
4.2. El dominio público en el Estado social	116
5. Dificultades a las que la tendencia de valorización debe hacer frente . .	120
6. Algunas soluciones adoptadas para potenciar el desarrollo económico	122
6.1. Diferentes modalidades adoptadas por la corriente de valorización según su campo de aplicación	122
6.1.1. Valorización en la gestión	122
6.1.2. Valorización financiera a través de las ocupaciones demaniales	123
6.1.3. Valorización por inversión y fomento de la financiación privada	124
6.2. Instrumentos utilizados para conseguir una mayor rentabilización	125
6.2.1. Introducción	125
6.2.2. Las tasas devengadas por la utilización del dominio público	127
6.2.3. Las cesiones gratuitas	128
6.2.4. La división en volúmenes del dominio público	128
6.2.5. La constitución de derechos reales	128
6.2.6. Los contratos	129
Capítulo III. La compatibilidad entre la voluntad de valorizar el dominio público y el respeto a la afectación	131
1. La regla de la afectación como clave de la demanialidad pública . .	131
1.1. El inicio de la demanialidad: la afectación	131
1.1.1. El concepto de afectación y su relación con la corriente de valorización	131
1.1.2. Los modos de afectar bienes y derechos	134
1.1.3. La competencia y el procedimiento para afectar	147
1.2. Las mutaciones demaniales	148
1.3. Las afectaciones concurrentes	151
1.4. El cese de la demanialidad: la desafectación	153
1.4.1. Concepto y características	153
1.4.2. Clases de desafectación	155

2. La afectación y su relación con los principios configuradores del régimen jurídico demanial	158
3. La construcción de la noción de «cosa pública» en torno a la afectación.	164
4. La distinta intensidad de la afectación en función del concreto bien al que se aplica.	166
5. Afectación demanial y reservas al sector público	167
5.1. Afectación y reserva de recursos esenciales	167
5.2. Reservas demaniales	169
6. Adscripción y desadscripción de bienes y derechos	170
6.1. Adscripción	170
6.1.1. Concepto.	170
6.1.2. Características.	171
6.2. Desadscripción	175
Capítulo IV. Las posibilidades tradicionales otorgadas por el ordenamiento jurídico para la valorización	177
1. Consideraciones previas	177
2. Régimen de usos del dominio público singulares y privativos: valorización precaria	178
2.1. Usos del dominio público estatal.	178
2.2.1. Usos permitidos por la lpap	178
2.1.2. Títulos habilitantes: licencias y concesiones demaniales .	190
2.1.3. Negocios jurídicos sobre la concesión o con objeto de la misma	195
2.1.4. Exigencia de tasas	200
2.1.5. Cesiones gratuitas: renuncia a la valorización	203
2.2. Usos del dominio público en las leyes de patrimonio de las comunidades autónomas	214
2.3. Usos del dominio público en el ámbito local	230
2.3.1. Clases de uso	230
2.3.2. Las tasas en el ámbito local	231
2.3.3. Cesiones gratuitas.	235
Capítulo V. La división en volúmenes del dominio público.	237
1. División vertical en volúmenes de la propiedad pública demanial . .	237
1.1. Razones que dieron lugar a la práctica de división en volúmenes .	237
1.2. Evolución histórica de la práctica de la división en volúmenes. . .	239
1.2.1. La regla contenida en el art. 350 del Código civil	239

1.2.2. El criterio del interés	242
1.2.3. El subsuelo en la primera jurisprudencia contencioso-administrativa y en la jurisprudencia civil	243
1.2.4. Régimen urbanístico del subsuelo	245
1.3. La naturaleza jurídica del subsuelo	253
2. La división en volúmenes en el ámbito urbanístico.	255
2.1. La cesión del dominio útil y la cesión plena del derecho de propiedad	255
2.2. Aplicación práctica de la operación de «división en volúmenes»	258
2.2.1. La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado	258
2.2.2. La doctrina del Tribunal Supremo	262
2.3. La exigencia de desafectación previa a la transmisión. ¿La división en volúmenes de la propiedad pública arrastra el régimen jurídico demanial?	267
3. La constitución de derechos reales en el ámbito demanial	272
3.1. Consideraciones generales.	272
3.2. El derecho de superficie.	274
3.2.1. Introducción	274
3.2.2. Notas esenciales del derecho de superficie	277
3.2.3. La parcelación urbanística	284
3.2.4. El derecho de vuelo y de subsuelo	287
Capítulo VI. La valorización a través de los contratos administrativos	293
1. La financiación de infraestructuras públicas: redefinición del papel de las administraciones públicas	293
1.1. Consideraciones previas	293
1.2. Las características de las infraestructuras públicas	298
1.3. Los dogmas demaniales como límite a la financiación de infraestructuras públicas	299
2. La limitación de la demanialidad en el ámbito de la obra pública para permitir la financiación privada de infraestructuras	300
3. Las obras públicas	303
3.1. Introducción.	303
3.2. Definición de obra pública	304
3.2.1. Elementos que integran la definición.	304
3.3. El contrato administrativo de obras	306
3.3.1. Consideraciones previas.	306
3.3.2. Concepto.	307

3.3.3. Sujetos, contenido y objeto	307
3.3.4. La celebración del contrato de obras	308
3.3.5. La ejecución del contrato de obras	310
4. Contrato de concesión de obras públicas.	314
4.1. Introducción.	314
4.2. El concepto de concesión de obras públicas	315
4.3. Evolución de la regulación de la concesión de obras en España.	317
4.4. Principios configuradores de la concesión de obras públicas: riesgo concesional y equilibrio económico-financiero de la concesión	318
4.5. Tratamiento contable de los contratos de concesión de obras públicas	320
4.6. Régimen económico-financiero de la concesión	322
4.6.1. Consideraciones generales	322
4.6.2. Financiación de la concesión	323
5. Arrendamiento operativo como contrato atípico de CPP	334
5.1. Introducción.	334
5.2. Concepto	335
5.3. Regulación jurídica	336
5.4. Elementos	337
5.5. Diferencias entre el arrendamiento operativo y el arrendamiento financiero	341
6. El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado	342
6.1. Introducción.	342
6.2. Ubicación sistemática	342
6.3. Definición y regulación jurídica	343
6.4. Motivos que justifican la incorporación de estos contratos.	346
6.4.1. Causas generales.	346
6.4.2. La decisión de Eurostat, de 11 de febrero de 2004, sobre el tratamiento contable en las cuentas nacionales de los con- tratos firmados por entidades públicas, en el marco de operaciones de colaboración con entidades privadas	347
6.5. Características	349
6.6. Elementos subjetivos y objetivos	351
6.6.1. Elementos subjetivos.	351
6.6.1. Elementos objetivos.	352
6.7. El contenido del contrato de colaboración	354
6.7.1. Reparto de riesgos entre el contratista y la Administración	354
6.7.2. Remuneración del contratista	355

ÍNDICE

6.8. Procedimiento de contratación	356
6.9. La duración de los contratos de CPP	359
7. Contrato de gestión de servicios públicos	360
7.1. Consideraciones generales	360
7.2. Concepto	361
7.3. Ámbito material del contrato	362
7.4. Modalidades de contratación: la concesión de servicio público. . .	363
8. Recapitulaciones sobre las ventajas financieras a la luz del análisis de las nuevas figuras contractuales	364
Bibliografía	367