

EL PRETENDIDO USO PUBLICO DE LAS PLAYAS Y ZONA MARITIMO-TERRESTRE DE PROPIEDAD PARTICULAR

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SOBRE EL CARÁCTER INDUBITADO DE LA IMPOSIBILIDAD DE PROPIEDAD PRIVADA EN LA ZONA LITORAL.—III. LA OPERATIVIDAD DEL ARTÍCULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA EN COLISIÓN OPOSITIVA CON EL DEMANIO.—IV. LA LLAMADA SERVIDUMBRE DE USO PÚBLICO SOBRE LAS PLAYAS Y ZONA MARÍTIMO-TERRESTRE: 1. *La admisibilidad del uso público sobre los enclaves de propiedad particular.* 2. *La categorización del uso público dentro del molde conceptual de la servidumbre:* 2.1 Servidumbres, limitaciones y titularidades *ex lege*. 2.2 Las servidumbres por causa de utilidad pública como titularidades demaniales.—V. CONCLUSIONES.

I

INTRODUCCIÓN

1. En el número 65 de esta REVISTA, correspondiente a los meses de mayo-agosto de 1971, el profesor LEGUINA VILLA publicó un artículo cuyo título era sumamente sugestivo: *Propiedad privada y servidumbre de uso público en las riberas del mar.*

Digo que era sumamente sugestivo porque siempre había sentido especial preocupación por encontrar una estructuración lógica de las categorías aludidas en los artículos 549 y 550 del Código Civil. Por otra parte, y a mayor abundamiento, conociendo los principios del proyecto de Ley de Costas y los «reformados» introducidos por las Cortes, dado que éstas habían reconocido la posibilidad de existencia de propiedad privada en zonas tradicionalmente calificadas como demaniales, no dejaba de ser interesante ver cómo esa propiedad, cuyo contenido estructural debía acomodarse al artículo 348 del Código Civil, iba a ser negada a través de la afirmación de la existencia de una servidumbre de uso público.

Particularmente creo, aunque ello pueda ser una reflexión vulgar, que el nivel de conocimiento de un objeto formal de estudio está condicionado por la existencia de dos variables de una misma ecuación: capacidad de asombro y confrontación de opiniones. Debo confesar que el asombro despertado en mí por el artículo que voy a comentar

es suficiente con creces para cumplimentar la primera variable (1). Estas páginas pretenden constituir la segunda.

2. Creo que si el Derecho puede ser objeto de un tratamiento científico —y a veces se emplea este término con excesiva frivolidad—, ello sólo puede conseguirse si en la conocida distinción entre ciencia positiva-ciencia normativa encuadramos al Derecho en la primera categoría. Ello provoca dos consecuencias importantes: a) la primera, que en el razonar estrictamente jurídico los puros juicios de valor deben ser absolutamente marginados; b) la segunda, que una afirmación jurídica debe considerarse como exacta en cuanto concuerde con la realidad que constituye el objeto formal de su estudio, es decir, el Ordenamiento jurídico.

La Ley es primariamente un acto político, porque en sí misma, en el momento de su producción, implica juicios valorativos de orden diverso, manifestación de que se trata más de un acto de voluntad que de un acto de razón. La moralidad o inmoralidad, la oportunidad o inoportunidad; en fin, la corrección o incorrección de una norma, medidas por órdenes valorativos distintos al jurídico, es algo que queda para otras ciencias. No es que no sea importante, no es que no preocupe; es que si utilizamos estas consideraciones en un razonar estrictamente jurídico, estaremos produciendo sociología, filosofía, ética —probablemente además de escasa categoría—, pero desde luego no ciencia jurídica.

3. Las páginas que siguen van a centrarse en torno a un problema clave que se disocia en dos cuestiones: si es admisible un uso público en las propiedades particulares y si ese uso público se instrumenta a través de la categoría de servidumbre.

A pesar de ello, quiero hacer igualmente algunas precisiones en torno a dos temas de posible interés: el primero, la pretendida constante histórica de la insusceptibilidad del *litus* para soportar reglamentaciones *iure privato*, y el segundo, la operatividad del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en colisión opositiva con el demanio.

II

SOBRE EL CARÁCTER INDUBITADO DE LA IMPOSIBILIDAD DE PROPIEDAD PRIVADA EN LA ZONA LITORAL

Es cierto que uno de los datos admitidos y admisibles en la interpretación normativa es precisamente el histórico (2). De todos modos,

(1) «... a situarse, pues, en ese pórtico del conocer activo que es, como sabían los griegos, el asombro.» Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Administración Española*, edición 1972, p. 52.

(2) FEDERICO DE CASTRO: *Compendio de Derecho Civil*. En cualquier tratado de Teoría General se alude, desde SAVIGNY, a la importancia del dato histórico en la labor de hermenéutica normativa.

hay que reconocer que es un dato útil cuando el sentido de la norma no aparece perfectamente delimitado en su tenor literal y en su análisis lógico y sistemático. Pero si los artículos 1.º y 4.º de la Ley de Costas reconocen claramente la existencia de propiedades privadas en parcelas demaniales, por muy indubitado que fuera el carácter demanial en el Derecho romano y la insusceptibilidad de propiedades privadas en el *litus*, no por ello ibamos a concluir en la necesidad de inaplicar la Ley de Costas. Habría simplemente que concluir que el Derecho vigente se ha separado del Derecho romano.

A pesar de ello, la primera afirmación que pretendo comentar es la siguiente: «La configuración de las riberas del mar como cosas públicas ha sido una constante histórica en nuestro Derecho, habiendo conservado en lo esencial aquel carácter a través de épocas y momentos muy distintos de su proceso evolutivo, mediante la aplicación de técnicas jurídicas diversas, cuyo común denominador consistía en la sustracción de aquéllas al tráfico jurídico privado.»

Al tratar de la evolución histórica del demanio, el profesor VILLAR PALASÍ ha escrito estas palabras llenas de sentido jurídico: «En el Derecho romano clásico, las cosas públicas implican tanto como la propia eliminación o exclusión de la idea de propiedad. Las *res publicae* eran cosas fuera del comercio (*res extra commercium*), arrancadas del tráfico privado. La declaración de cosas fuera del comercio producía la *inutilidad del contrato celebrado sobre las mismas*. El título traslativo no podía producirse, engendrándose en su lugar una *actio in factum* en el Derecho clásico, que pasó a ser en el Derecho justiniano una *actio ex empto* o una *actio doli*; es decir, no se produce el efecto contractual, sino un resarcimiento de daños por la imperfección del contrato. A más de ello, si una de las partes realizó una prestación en atención al contrato, será reclamable íntegramente como *sine causa data*» (3).

Si contrastamos lo descrito por VILLAR PALASÍ con lo dispuesto actualmente como consecuencia del artículo 6.º de la Ley de Costas, podrá comprobarse una irreversible contradicción. En la actualidad, utilizando la legitimación por apariencia que provoca la publicidad registral, causalizando un negocio a título oneroso y provocando la inscripción de su resultado, ya no se produce esa *inutilidad del contrato*, sino la efectiva adquisición de la titularidad dominical. Y este resultado no sólo existe hoy. Probablemente haya existido siempre.

P. JORS y W. KUNKEL, al determinar el concepto de cosas públicas, escriben lo siguiente: «Cosas públicas (*res publicae*) eran las que pertenecían al Estado o al municipio; se excluían del comercio mientras estuvieran afectadas al uso público. De esta clase eran los caminos y vías públicas (*viae militares, consulares*), las plazas (*campus Martius*), los estadios, teatros, ríos de curso permanente (*flumina perennia*) y

(3) VILLAR PALASÍ: *Apuntes de Derecho Administrativo*, tomo X, p. 113.

sus riberas y —aunque ello era discutido— las costas hasta la altura del flujo de la marea.»

«La orilla, costa del mar, es *res publica*, según Aquilio GALO (Cic. top. 32), CELSO (D. 43, 8, 3) y NERACIO (D. 41, 1, 14); pero mientras CELSO la considera propiedad del Estado, NERACIO entiende el carácter público en el sentido de cosa *nullius*. En MARCIANO (D. 1, 8, 2 y 4), por último, las costas son incluidas, junto con el mar mismo, el aire y el agua corriente, en una categoría nueva de cosas que sólo se menciona en este fragmento (y es tomado por JUSTINIANO en las *Instituciones*, 2, 1, pr. 1) (4).

De este texto, además de la confusión mental entre cosas públicas —cuya titularidad corresponde a un ente público— y cosas *nullius*, puede inducirse la discusión acerca de la categoría en que debían incluirse las costas del mar. En este sentido no deja de ser curiosa la opinión de MARTÍNEZ ESCUDERO cuando afirma lo siguiente: «Las riberas del mar no son en el Derecho romano cosas públicas, sino cosas comunes, cuya naturaleza jurídica es diferente. Las cosas públicas son propiedad del pueblo romano y su uso es de todos, a diferencia de las cosas comunes, en las que el uso es de todos, y la propiedad, de ninguno» (5).

«Es cierto que el *Corpus Iuris Civilis* —escribe Díez PICAZO— estableció con relativa nitidez una distinción entre las *res qui sunt in usu publico* (cosas que sirven para el uso del pueblo) y las *res in pecunia populi o in patrimonio Fisci* (cosas que están en el caudal del pueblo o en el patrimonio del Fisco). La adscripción a una u otra categoría del *litoral* es algo no excesivamente claro, puesto que los textos que se refieren al particular son escasos y no demasiado coherentes. Un texto de NERACIO (Dig. 41, 1, 14) admite que lo edificado en el *litus* pertenece al edificante, puesto que el "*litus*" no es público. Sin embargo, otro texto de POMPONIO (Dig. 41, 150) exige la licencia del pretor para que pueda adquirirse lo construido.»

«Las *Partidas* establecieron que el mar y su ribera se encuadraban dentro de la categoría genérica de las cosas que "comunamente pertenecen a todas las criaturas". Sin embargo, "si en la ribera del mar hallare casa o cualquier otro edificio que sea de alguno, no lo debe derribar ni usar de él sin consentimiento del que lo hizo" (título 28 de la Partida 3.^a). Especial interés reviste la Ley IV, que, después de definir lo que se entiende por ribera del mar, admite que en tal ribera se puede hacer casa o cabaña, con tal de que no se embargue el uso comunal. BENITO GUTIÉRREZ (*Código*, II, p. 19) expresamente dice: "Las playas y las marismas pertenecen al Estado, a menos que estén en dominio particular legítimamente adquirido"» (6).

No creo que sea necesario un mayor volumen de citas. Todas las consideraciones anteriores permiten concluir dos cosas: 1) que era

(4) P. JORS-W. KUNKEL: *Derecho Privado Romano*, edición 1937, p. 30.

(5) LORENZO MARTÍNEZ ESCUDERO: *Playas y Costas*, p. 30.

(6) Díez PICAZO: *Estudios de jurisprudencia civil*, tomo II, pp. 33 y ss.

dogmáticamente discutible el encuadramiento categorial de las riberas del mar; 2) que era aceptada la posibilidad de propiedad privada de lo edificado en tales riberas. Es curioso que el Derecho romano se preocupe de la propiedad de lo edificado, sin preguntarse antes acerca de la propiedad del suelo que había servido de base a la edificación, como corresponde por aplicación lógica del principio de accesión. En fin, no creo que los romanos tuvieran *in mente* la aplicación del principio de la accesión invertida (7).

A pesar de que, como apunté al principio, soy en cierto modo parcialmente escéptico en cuanto a razonamientos puramente históricos, creo que puede admitirse que la configuración demanial de las riberas del mar, y con mucha más razón la propiedad privada sobre las mismas, no era absolutamente indubitado a lo largo de la evolución del Derecho.

III

LA OPERATIVIDAD DEL ARTÍCULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA, EN COLISIÓN OPOSITIVA CON EL DEMANIO

1. Un problema mucho más interesante que el anterior es describir y comprender el funcionamiento de la institución registral, y concretamente de la protección a la alteridad proporcionada por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria cuando entra en colisión opositiva con el demanio. Me interesa comentar el siguiente párrafo del profesor LEGUINA:

«El Registro de la Propiedad y del dominio público discurren por cauces distintos, se inspiran en principios diferentes y en ocasiones pueden dar origen a situaciones de interés contradictorias. Ejemplo vivo de esta posible contradicción lo constituye precisamente la protección otorgada a los titulares registrales de terrenos comprendidos dentro de lo que las leyes han calificado genéricamente y sin excepciones como zona pública, protección ante la que es habitual que claudique la publicidad natural del bien público y, por ende, la titularidad que al Estado corresponde sobre el mismo por imperativo legal» (página 61).

Al margen del contenido de verdad que este párrafo encierra hay algo que puede conducir a confusión. Se trata de demostrar cómo opera el artículo 34 de la Ley Hipotecaria cuando colisiona con el demanio. Para ello hay que comprender los dos principios capitales

(7) Díez Picazo: *Lecciones de Derecho Civil*, III, «Derecho de Cosas». En la página 398 y siguientes contiene un estudio, breve, de accesión invertida.

del Derecho hipotecario, las dos vertientes del principio de publicidad material, es decir, el principio de legitimación y el principio de fe pública registral.

2. A mi juicio, el Registro de la Propiedad es la respuesta de la técnica jurídica moderna a un problema perenne: la publicidad *erga-omnial* de las relaciones jurídicas reales. Desde siempre el Derecho ha tenido que utilizar entre sus técnicas la publicidad. Originariamente era conseguida a través de instrumentos más o menos rudimentarios, siendo desde luego el preferente, desde siempre, la posesión. La posesión es sencillamente un hecho y es un instrumento de publicidad. Es, por ello mismo, un medio creador de legitimación por apariencia, y en tanto que la legitimación por apariencia es una forma de legitimación y, por tanto, titularidad, es por lo que tradicionalmente se ha intentado deslindar en la posesión estos dos aspectos, sin ordenar los datos para comprender que uno es causa y otro efecto (8).

La racionalización de un sistema jurídico provoca el que la posesión, como técnica de publicidad, sea sustituida por la registral, operante para aquellas titularidades que, por la inmovilidad de su objeto, son sedentarias y consiguientemente pueden soportar la publicidad tabular (9). Por ello surgió el Registro de la Propiedad, y por ello mismo, en cuanto representan técnicas contradictorias o, mejor dicho, técnicas diferentes, se comprende el contenido del artículo 5 de la Ley Hipotecaria al marginar la posesión del Registro de la Propiedad, ya que es el Registro el que pretende monopolizar el papel que secularmente venía atribuido a la posesión.

Desde que la legitimación fue admitida como categoría jurídica utilizable para explicar los problemas de titularidad, la doctrina fue perfilando su concepto hasta llegar a distinguir tres formas distintas de legitimación: la legitimación directa, la indirecta y la legitimación por apariencia, dividiéndose la indirecta en legitimación por representación y por sustitución (10).

(8) Las discusiones acerca del concepto de posesión son sobradamente conocidas, por lo que considero superflua la cita concreta. Me importa, sin embargo, subrayar lo que Díez PICAZO, en la obra citada en la nota anterior, ha llamado un «concepto funcional de la posesión». En realidad, a pesar de que renuncia a definir la posesión, son los tres efectos de posesión *ad usucapionem*, legitimación por apariencia y protección interdictal lo que me ha llevado, a través de una comparación con la normativa registral, a esbozar el concepto de posesión aludido como una técnica de publicidad. Evidentemente que se trata de conseguir un concepto estrictamente jurídico, marginando otros aspectos de posible interés, como por ejemplo que la posesión pueda cumplir o no una función social (HERNÁNDEZ GIL: *La función social de la posesión*). Estos últimos puntos de análisis tienen valor e interés, desde luego, pero no en cuanto se trata de construir algo operativo exclusivamente desde la óptica jurídica. La explicación del porqué la posesión se conceptúa como una técnica de publicidad creo que excede de los límites del presente trabajo.

(9) Hoy asistimos a una verdadera inflación de la técnica registral que, lógicamente, provoca la devaluación de su sentido institucional. Es precisamente la normativa administrativa la que ha consagrado, de modo definitivo, al Registro como técnica de publicidad de las relaciones jurídicas.

(10) La legitimación, concepto originariamente procesal, es ya admitido como una categoría fundamental del Derecho. Puede verse Díez PICAZO: *Lecciones de Derecho Civil*, I, parte general; CHICO Y BONILLA: *Apuntes de Derecho Inmobilia-*

Precisamente porque la posesión es una técnica de publicidad es por lo que puede crear legitimación por apariencia, y aquí encuentra su razón de existencia el artículo 464 del Código Civil, al margen de cualquier otra consideración metajurídica. Si el Registro de la Propiedad no sólo es *una* técnica de publicidad, sino la *principal*, es evidente que tendrá igual o superior operatividad que la posesión, y así surgen y se explican los dos principios de legitimación y fe pública registral:

A) El principio de legitimación viene recogido, como es sobradamente conocido, en el artículo 1.º y 38 de la Ley Hipotecaria. Tal principio tiene operatividad, y no siempre, frente al demanio. La Administración necesariamente ha de respetar la presunción de titularidad que resulta de la inscripción registral. Pero hay que tener en cuenta que la protección concedida por el artículo 38 de la Ley Hipotecaria es protección provisional, por la sencilla razón de que la presunción establecida por dicho precepto es *iuris tantum* y no *iuris et de iure*.

Si a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma establecida en el asiento respectivo (art. 38), y si los asientos del Registro están salvaguardados por los Tribunales mientras judicialmente no se declare su inexactitud o ineficacia (art. 1.º), es evidente que la Administración no puede desconocer la fuerza operativa de una certificación registral (arts. 225 y ss. de la Ley Hipotecaria), demostrativa de que una parcela, *a priori* calificada como demanial, se encuentra inscrita en el Registro como de titularidad particular.

El único efecto que produce esta certificación es sencillamente la paralización de los privilegios exorbitantes que constituyen el régimen normativo del demanio (deslinde, recuperación, ex officio...), lo cual, lógicamente, sólo provoca una inversión de la carga de la prueba o, si se quiere, de las posiciones procesales a ostentar, generando para la Administración la necesidad de actuar como demandante, solicitando, al mismo tiempo que su titularidad, la rectificación del asiento correspondiente (art. 38 de la Ley Hipotecaria) (11).

B) Profundamente distinto es el tema de la fe pública registral. La verdadera importancia del artículo 34 de la Ley Hipotecaria es

rio Registral, tomo I; ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo I. No obstante, es hasta cierto punto alarmante la imprecisión con que el término es utilizado algunas veces, no sólo en artículos de revista, en donde es un hecho consumado, sino incluso en Tratados generales. Por ejemplo, ALBADALEJO (*Derecho Civil*, I, «Introducción y Parte General», vol. I, Barcelona, 1973) escribe: «La capacidad de obrar... no basta para poder realizar válidamente todo acto del tipo de que se trate y para el que se es capaz. Hace falta además —como un *plus* sobre la capacidad de obrar— que al sujeto le sea posible realizar el acto singular y concreto frente al que está. A esta posibilidad la llaman algunos legitimación. Por ejemplo, se puede tener capacidad matrimonial, pero no es posible contraer ciertos matrimonios: así, con determinados parientes (art. 84).» En estas líneas hay una confusión alarmante entre capacidad de obrar, capacidad jurídica —general y especial— y legitimación. Con estas líneas va a ser muy difícil poder utilizar con precisión la categoría en los razonamientos jurídicos.

(11) Sobre el principio de legitimación *versus* demanio pueden confrontarse las sentencias de 26 de noviembre de 1956, 30 de enero de 1958, 24 de junio de 1959, 7 de julio de 1960, 2 de noviembre de 1962...

que consagra de modo definitivo la operatividad de la fuerza legitimadora de la apariencia, permitiendo adquisiciones *a non domino* (¿puede discutirse ya que la legitimación por apariencia es verdadera titularidad y categoría admisible al tratamiento científico del Derecho?).

Como todo principio, tiene lógicamente sus excepciones. Al mencionarlas la doctrina, por un defectuoso planteamiento sistemático de las cuestiones, olvida mencionar los supuestos de derechos que no pueden inscribirse y que no necesitan ser inscritos (12). Una servidumbre aparente no tiene que ser inscrita, porque su ostensibilidad tiene que herir forzosamente los sentidos, como con frase gráfica ha dicho ROCA SASTRE, o porque, como dice NÚÑEZ LAGOS, la evidencia hace inexcusable la ignorancia. Por ello, un titular registral, amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, a pesar de que no conste inscrita, no puede ignorar la existencia de una servidumbre de este tipo, como no puede ignorar un tanteo y un retracto legal ni una hipoteca legal tácita ni el derecho arrendaticio de fincas rústicas y urbanas.

Pues bien, si el principio de fe pública registral no opera en relación con derechos que no necesitan ser inscritos, aunque puedan inscribirse, es evidente que, con mayor razón, no podrá operar en relación con aquellos que, reuniendo los requisitos del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, se encuentran, sin embargo marginados de la posibilidad de inscripción. En este caso concreto se encuentra el demanio.

El demanio estatal se encuentra marginado ex reglamento (art. 5.º del Reglamento Hipotecario). Ello provoca la consecuencia importante de que, a través de un expediente de dominio o cualquier otro medio inmatriculador, pueda inscribirse como de titularidad privada una parcela integrante del demanio, lo cual provoca, como se dijo antes, la adopción por la Administración del papel procesal de demandante para conseguir la rectificación de la inscripción practicada. Lo que sería excesivo es que pudiera operar protección definitiva en los casos del artículo 34. El demanio tiene publicidad legal. Esta publicidad legal claudica provisionalmente con la registral, pero a través de un proceso puede triunfar.

Es muy importante comprender que si sólo existiera la Ley Hipotecaria, la destrucción de la presunción *iuris et de iure* del artículo 34 debería hacerse sobre la base de demostrar, no que el tercero no es tal o no tiene buena fe o que no se adquirió a título oneroso, sino sencillamente que la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria no alcanza a la titularidad demanial. Este recorte de la hipótesis del artículo 34, al colisionar con el demanio, ha sido reconocido por la jurisprudencia (13).

¿Por qué entonces, invocándose el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pueden legitimarse usurpaciones privadas de parcelas demaniales?

(12) Véase, por ejemplo, la obra citada de CHICO Y BONILLA.

(13) Puede encontrarse jurisprudencia en este sentido en el libro de VÍCTOR MENDOZA OLIVÁN: *El destino de los bienes de la Administración*; un libro escrito con seriedad.

Sencillamente porque así lo dicen las normas específicas reguladoras de tales parcelas demaniales. Si el Registro de la Propiedad y su sacrosanto principio de fe pública registral pueden servir de legitimación definitiva de propiedades privadas sobre las vías pecuarias, por ejemplo, es debido y exclusivamente es debido a que el artículo 3.º de su Reglamento regulador admite que se legitimen, y, lógico, la jurisprudencia, al preguntarse cuál es el modo de adquisición *a non domino*, piensa lógicamente que la protección registral, por lo que utiliza el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Pensemos. El demanio y su dogma de inalienabilidad significan, como decía VILLAR PALASÍ, *la inutilidad del contrato celebrado sobre el mismo*, por lo que, al ser inútil el supuesto de hecho (contrato), es imposible jurídicamente el efecto pretendido (desplazamiento de titularidad). Ahora bien, la inalienabilidad y en general los demás atributos del régimen normativo del demanio son aceptados más como *a priori* lógicos que como consecuencia normativa; el demandado *debe ser inalienable* porque así ha ocurrido a lo largo de una evolución histórica. Este juicio de valor tiene un refrendo normativo escaso: artículos 188 de la Ley de Régimen Local, 6.º y 94 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales. Se trata de una norma dictada a nivel puramente local que sólo por técnica analógica es asimilable al demanio estatal (14).

Por tanto, si a través de las normas específicas reguladoras de parcelas demaniales se admite la posibilidad de legitimar parcelas privadas, la declaración de la inalienabilidad no deja de ser un tópic; el demanio es en algunos casos perfectamente alienable; lo que ocurre es que de los supuestos de hechos traslativos de titularidad dominical, previstos en el artículo 609 del Código Civil, sólo el contrato, apoyado en la protección registral, y la usucapión treintenal en algunos otros tienen verdadera fuerza traslativa. Pero ello sólo provoca *una limitación del supuesto de hecho* (instrumento de traslación), pero no del efecto producido, porque la adquisición de una titularidad dominical se produce (15).

Por tanto, y en conclusión:

1. El artículo 34, en cuanto tal y por sí solo, es absolutamente inoperante para destruir el principio de inalienabilidad demanial.

2. Si el artículo 34 se convierte en supuesto de hecho que provoca titularidades privadas en parcelas demaniales, ello ocurre porque la propia norma reguladora de dichas parcelas demaniales así lo admite. ¿Quiere decirse que si no existieran los artículos 1.º y 6.º de la Ley

(14) Prescindiendo de los argumentos inducidos del Código Civil que exigen el manejo de la categoría *res extra commercium*.

(15) Sobre el sentido de la inalienabilidad del demanio, VILLAR PALASÍ en el tomo X de sus *Apuntes de Derecho Administrativo* y como obra específica CLAVERO ARÉVALO en *La inalienabilidad del dominio público*.

de Costas, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no sería instrumento legitimador de usurpaciones privadas? Quiere decirse exactamente eso. La culpa no la tiene el Registro de la Propiedad, sino precisamente la Ley de Costas. Obsérvese la diferencia:

a) Si la Ley de Costas no existiera, la Administración, aun teniendo que soportar la posición procesal de demandante, por imperativo lógico del principio de legitimación, ante la existencia de una inscripción encuadrada en la hipótesis del artículo 34 se limitaría a alegar que dicho precepto legal no tiene operatividad *versus* demanio.

b) Ahora bien, al existir la Ley de Costas, la Administración no puede ser incongruente con la norma y, por tanto, no puede sostener procesalmente que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no opera *versus* demanio, porque la Ley de Costas expresamente dice lo contrario. Tendrá que acudir a alegar que o no existió transmisión onerosa, o que el adquirente carece de buena fe, o, en definitiva, a negar, corriendo con el *onus probandi* los requisitos que dicho precepto legal establece para la consolidación de la adquisición *a non domino*. Creo que la diferencia conceptual es evidente.

IV

LA LLAMADA SERVIDUMBRE DE USO PÚBLICO SOBRE LAS PLAYAS Y ZONA MARÍTIMO-TERRESTRE

1. *La admisibilidad de un uso público en los enclaves de propiedad particular*

Toda la tesis del profesor LEGUINA se construye sobre estas dos premisas: primera, la Ley de Costas admite la posibilidad de un uso público de las playas y de la zona marítimo-terrestre, aun cuando sea de propiedad particular; segunda, la instrumentación técnico-jurídica de dicho uso público se construye a través de una categoría específica: la servidumbre de uso público. Por tanto, de momento, hay que analizar si dicho uso público es viable, y posteriormente, juzgar acerca de la categoría que se propone para instrumentarlo.

El precepto clave, a juicio del profesor LEGUINA, es el artículo 39 cuando dispone:

«El uso público de los bienes, a que se refiere el artículo 1.º se atemperarán a lo dispuesto en esta Ley y en los Reglamentos administrativos.»

En el párrafo 3.º de dicho precepto legal se dispone concretamente lo siguiente:

«En el mismo caso se encuentra el uso público de las playas y de la zona marítimo-terrestre, que autoriza a

todos a transitar por ellas, bañarse, tender redes, pescar, varar, carenar, reparar y construir embarcaciones, bañar ganado y recoger conchas, plantas y mariscos y cualesquiera otros análogos dentro de las prescripciones legales y reglas de policía que los regulen.»

En vista de los anteriores preceptos el profesor LEGUINA concluye con las siguientes afirmaciones:

«La Ley destina, pues, al uso común—siguiendo, aquí si, la tradición multiseular—todo el litoral marítimo sin solución de continuidad. Todos los terrenos que por sus caracteres físicos deban incluirse en lo que la Ley ha definido como playa y zona marítimo-terrestre son de uso público, cualquiera que sea el soporte jurídico—público o privado—de los mismos. El uso público no es elemento exclusivo o atributo específico de los terrenos comprendidos dentro del dominio público marítimo (que cesaría, por tanto, al aparecer la propiedad privada), sino que es más bien una condición inherente (por expresa voluntad de la Ley) de todo el género físico de las riberas del mar, con independencia de su régimen de propiedad público o privado.

Es justamente aquí, en el plano de la afectación de toda la zona litoral al uso común, en donde despliega todos sus efectos la «lógica primacía de los intereses públicos», a que alude la exposición de motivos de la Ley de Costas. La propiedad privada de las playas y de la zona litoral, no significa en modo alguno negación del uso público. La propiedad privada—imposible e ilegítima en el puro terreno de los principios demaniales—significa para el legislador solamente eso: que puede existir legitimamente pero sin merma ni detrimento del uso público a que las parcelas de las costas sobre las que aquélla recaiga están destinadas legalmente» (pp. 71 y 72).

Los argumentos que, a mi juicio, invalidan las conclusiones transcritas pueden resumirse del modo siguiente:

1. En primer término, la afirmación del párrafo 1.º del artículo 3.º de la Ley y, por coligación, su párrafo 3.º, se encuentra limitada por un ámbito dado: «los bienes a que se refiere el artículo 1.º». Estos bienes son los que la Ley considera como de dominio público (entre los que se encuentran las playas y la zona marítimo-terrestre).

El artículo 1.º comienza advirtiendo: «son bienes de dominio público...». Es obvio que el legislador no ignora que si las playas y la zona marítimo-terrestre son bienes demaniales, lo son por su destinación al uso público, por ser el uso público el dato teleológico de su afectación. Creo que no era necesario reiterarlo, puesto que claramente lo establece el Código Civil en su artículo 339 al disponer que «son bienes de dominio público: 1.º Los destinados al uso público, como los caminos..., riberas, radas, playas y otros análogos».

Ello quiere decir, por tanto, que la tesis de LEGUINA sería absolutamente insostenible si el legislador hubiera dicho lo siguiente:

«Los bienes de dominio público lo son por destinación al uso público. El uso público de los bienes a que se refiere el artículo 1.º de la Ley»...

En definitiva, que obligar al legislador a repetir o aclarar que los bienes demaniales encuadrados en el ámbito real de la Ley de Costas, máxime cuando *ex propria natura* corresponden al demanio natural, lo son por destinación al uso público, es obligarle a aclaraciones innecesarias. Pero pretender deducir consecuencias generales porque el legislador haya empleado una técnica legislativa correcta me parece, desde luego, absolutamente insostenible.

2. Por otra parte, no hay que olvidar que el propio artículo 3.º condiciona la declaración general del uso público de los bienes a que se refiere el artículo 1.º a «lo dispuesto en esta Ley» y resulta que una de las cosas que dispone la Ley es precisamente la existencia de «derechos legítimamente adquiridos» dentro de las parcelas demaniales, y, por tanto, su existencia, mantenimiento y realidad, no puramente formal, debe entenderse involucrada dentro de la declaración comentada.

3. Con mayor claridad sería deducible la conclusión de LEGUINA del artículo 2.º de la Ley de Costas que después de admitir la posibilidad de existencia de islas de propiedad privada advierte en su último inciso:

«... en todo caso sus playas y zona marítimo-terrestre serán de dominio público conforme al artículo anterior».

Analizando esta declaración se llega a las siguientes consecuencias:

A) Que en todo caso el legislador considera a las playas y a la zona marítimo-terrestre como bienes de dominio público. Luego no puede extrañar que posteriormente, en el artículo 3.º, declare que en todo caso serán de uso público.

B) Pero resulta que también en la declaración de «en todo caso» del artículo 2.º vuelve a involucrar lo previamente declarado por el artículo 1.º, único precepto en el que se habla de los «derechos legítimamente adquiridos». Por ello las playas y la zona marítimo-terrestre serán de dominio público siempre que no proceda la excepción consignada y, congruentemente, cuando dicha excepción proceda no tendrá lugar el uso público que es lo que efectivamente condiciona la demanialidad.

4. El artículo 4.º de la Ley de Costas declara:

«Los terrenos de propiedad particular enclavados en las playas y zona marítimo-terrestre y colindantes con

esta última o con el mar, estarán sometidos a una servidumbre de salvamento». «Esta servidumbre supone el uso público de dicha zona en caso de naufragio o peligro para varar embarcaciones...» «Por los daños causados en los supuestos anteriores habrá lugar a indemnización...» «Los propietarios podrán libremente plantar y sembrar en la zona de servidumbre de salvamento...»

Basta con leer este precepto para darse cuenta de que la tesis que impugno es absolutamente inadmisibile por reconducir no a una sino a varias reducciones al absurdo:

A) El supuesto del hecho del artículo 4.º es el siguiente: un terreno de propiedad particular enclavado en una playa o en la zona marítimo-terrestre. A este terreno (o mejor dicho, a la titularidad dominical sobre el terreno, no vayamos a seguir confundiendo cosa con propiedad), se le somete a una servidumbre (en sentido técnico, porque implica indemnización). Esta servidumbre implica un uso público. Este uso público sólo se legitima en *casos extraordinarios* (naufragio o peligro para varar embarcaciones). Entonces cabe preguntarse: ¿a qué viene que la ley concrete este uso público extraordinario si por definición tales terrenos se encontraban destinados a un uso público ordinario? La Ley permite que en tales casos de urgencia se pueda utilizar estos terrenos de propiedad privada. *Ergo*, fuera de estos casos, el uso público se encuentra prohibido. Una de dos, o no tiene sentido la tesis que rebatimos, o no tiene sentido lo dicho por el legislador. Con todos los respetos, me inclino por la primera solución.

B) El propietario, según dispone el artículo 4.º, párrafo 5.º, puede libremente plantar y sembrar en la zona de servidumbre de salvamento, es decir, en un sector que LEGUINA considera, no obstante su titularidad dominical privada, como de uso público. Pero, evidentemente, si planta y siembra no cabe el uso público en tal zona para transitar por ella y varar, pescar, bañar ganados..., etc. (art. 3.3), puesto que dicho uso público necesariamente destruiría lo plantado y sembrado. La tesis de LEGUINA conduciría a lo siguiente: efectivamente, el propietario puede plantar o sembrar, pero los demás («la comunidad») puede destruirle lo plantado y sembrado, por supuesto, sin derecho a indemnización por parte del propietario, puesto que si pueden hacerlo y la norma no indica otra cosa, es que no se trata de un acto ilegítimo. Sinceramente, me parece que no es eso lo que ha querido el legislador. Hay que reconocer que nuestra normativa, fundamentalmente la administrativa, es algunas veces algo incongruente, pero ¿tanto?

C) Todavía más: resultaría que si el uso público se hace por razones de urgencia, los daños serían indemnizables. Haciendo uso del derecho (para ser más exactos, de la *facultad* que concede el artícu-

lo 4.º, 5, de la Ley) de sembrar y plantar, un propietario de un enclave verifica en su propiedad determinados aprovechamientos de este tipo. Con ocasión de temporal, por virtud de la servidumbre de salvamento, los buques pesqueros depositan sus efectos en dicha parcela de terreno. Tales efectos causan un daño a la siembra o plantación. El artículo 4.º, 4 (decía antes que se trataba de una servidumbre en sentido técnico, precisamente en los casos en que se producen daños) le obliga a indemnizar por los daños causados. Sin embargo, si se hace uso público de esas parcelas, sencillamente para pasear, o para bañarse o para bañar ganados..., etc., como la Ley no dice nada y según el profesor LEGUINA la propiedad privada se admite sin merma ni detrimento del uso público, resultaría que tales usuarios no tendrían obligación de indemnizar. Vuelvo a repetir que una cosa es que nuestras normas sean de vez en cuando algo incongruentes, pero el que se produjeran estas consecuencias sería algo más fuerte que este adjetivo calificativo.

D) Por si no fueran suficientes los argumentos anteriores, todavía podrían hacerse algunas precisiones desde el punto de vista dogmático. Lo que LEGUINA pretende es sencillamente esto: el propietario conserva su titularidad dominical, pero la *integridad* del poderío de dominación jurídica *desaparece* por el juego de lo que es apelado (posteriormente veremos que con escaso rigor técnico) «servidumbre de uso público», siendo esta desaparición *perpetua*. Es decir, que el propietario tiene una titularidad meramente formal sin contenido económico real, y además de modo *perpetuo* (salvo un caso discutible y que ahora no interesa: la posibilidad de descenso del mar y recuperación de la integridad).

Si estas afirmaciones las convertimos en *datos* y operamos jurídicamente, desde un punto de vista científico, vamos a llegar a las siguientes conclusiones: un derecho subjetivo, según la conocida definición del profesor DE CASTRO, es una situación de poder concreto atribuida o atribuible a una persona a cuyo arbitrio se encomienda su ejercicio y defensa (16). Estructuralmente se descompone en un sujeto (titular), objeto (soporte de titularidad) y contenido (*agere licere*) (17). Al admitir una titularidad privada sometida a un uso público (teniendo en cuenta la extensión que del mismo proporciona el artículo 3.º, 3, de la Ley), nos encontraríamos con un titular, un objeto material soporte de la titularidad (enclave), pero realmente sin contenido, sin *agere licere*, en definitiva con ausencia de un elemento estructural básico. Este efecto obliga entonces a reconsiderar: si el *agere licere* es elemento integrante del derecho subjetivo, congruentemente su falta implica la carencia de un elemento estructural, lo cual provoca el abandono de la categoría. Si entonces sólo puede hablarse de titularidad formal pero no de verdadero derecho

(16) DE CASTRO: *Compendio de Derecho Civil*, p. 137.

(17) *Op. cit.*, p. 138.

subjetivo, es obligado preguntarse: o una de dos, o cuando el legislador ha salvado la existencia de derechos legítimamente adquiridos no ha querido decir absolutamente nada, o bien, si el legislador ha querido decir algo, entonces el derecho salvado y reconocido debe ser integral y no carente de un elemento estructural.

Todos estos razonamientos vienen involucrados dentro de la comprensión de las categorías jurídico-reales admitidas en nuestro Ordenamiento Jurídico Privado. Si el Código Civil considera que el usufructo es un derecho real necesariamente vitalicio (art. 513, 1.º) (18), es, sencillamente, porque es consciente de que priva o puede privar de la totalidad del poderío económico de la cosa y si no le diera este carácter temporal estaríamos admitiendo, *in perpetuum*, titularidades formales, es decir, derechos, subjetivo-fantasma. Por ello la nuda propiedad tiene un valor económico: precisamente porque el usufructo no puede ser perpetuo. Por ello la servidumbre puede ser perpetua, porque nunca implica una totalidad del *agere licere* del dominio.

5. Todavía quisiera hacer una precisión más. El artículo 1.º de la Ley de Costas dice textualmente en su párrafo 1.º lo siguiente: «son bienes de dominio público, sin perjuicio de los derechos legalmente adquiridos...». Si se quisiera evitar la propiedad privada podría pensarse que lo que dice el legislador es que en todo caso los bienes definidos por ella como demaniales son efectivamente demanio. Los «derechos legítimamente adquiridos» no son titularidades privadas, es decir, de derecho privado (por la insusceptibilidad del demanio de soportar reglamentaciones *iure privato*), sino titularidades jurídico-administrativas. Pero ni siquiera por este camino puede llegarse a ninguna conclusión clara por las siguientes razones:

a) Porque el artículo 5.º de la Ley habla de terrenos de propiedad particular enclavados en las playas y zona marítimo-terrestre y propiedad, lamentablemente, es lo que define el artículo 348 del Código Civil (olvidemos por un momento la Ley del Suelo, la de Montes, la de Reforma y Desarrollo Agrario y otras limitaciones menos conocidas).

b) Porque sobre esas titularidades calificadas de propiedad se imponen servidumbres y el demanio es absolutamente insusceptible de soportar servidumbres, en cuanto éstas nacen de un tráfico privado, y la inalienabilidad lo que significa no es la absoluta inercialidad del demanio sino la existencia de técnicas propias de comercialidad al margen de las privadas (19).

(18) Según el precepto citado, el usufructo se extingue con la muerte del usufructuario. Realmente, más que un derecho necesariamente vitalicio lo que quiere decirse es que la titularidad del usufructuario no puede ser perpetua. Confróntense los artículos 515 y 521 del Código Civil.

(19) VILLAR PALASÍ, *op. cit.*; MARTÍNEZ USEROS: *Improcedencia de servidumbres sobre el dominio público*, en los «Estudios en honor de GARCÍA-OVIEDO».

2. La categorización del pretendido uso público dentro del molde conceptual de la servidumbre

Demostrada la imposibilidad lógico-jurídica de un uso público de los enclaves de propiedad particular en las playas y zona marítimo-terrestre, debería quedar marginado todo análisis ulterior. De todos modos creo que es conveniente hacer algunas precisiones sobre esa servidumbre de uso público.

Para comprender si la inclusión del uso público en la categoría de servidumbre es acertada, me parece absolutamente indispensable hacer un análisis en el concepto de servidumbre y su encuadramiento dogmático, para sentar un criterio de diferenciación conceptual con la limitación.

2.1. Servidumbres, limitaciones y titularidades «ex lege»

1. Una servidumbre es un derecho real sobre cosa ajena (artículo 2.º, 2, de la Ley Hipotecaria y 7.º de su Reglamento). Su definición, aunque con escaso rigor técnico, la proporciona el artículo 530 del Código Civil: «la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble a beneficio de otro perteneciente a distinto propietario».

Todo *ius in re aliena* representa una sustantivación conceptual de una *facultad* que se transforma en derecho subjetivo. Todo derecho subjetivo—antes lo advertía—tiene un contenido descompuesto en una serie de facultades carentes de autonomía. A través de un supuesto de hecho dichas facultades se autonomizan pasando a constituir derechos subjetivos en sentido estricto. Esto es precisamente lo que ocurre en el caso de la servidumbre (20). El propietario tiene la *facultad* de gozar de su bien (art. 348 del Código Civil). Cualquiera de estas facultades puede autonomizarse y convertirse en un derecho subjetivo en sentido estricto. Por ello lógicamente el primer tema de cuestión es el de cuándo debe encuadrarse en un molde conceptual y cuándo en otro, dentro de las categorías jurídico-reales admisibles y prescindiendo de si efectivamente constituyen o no un sistema de *numerus clausus* (21).

Siendo evidente que toda servidumbre (en cuanto priva al propietario de una facultad para autonomizarla atribuyendo su titularidad a tercero) constituye una *limitación* de las facultades originarias del derecho de propiedad, precisamente por ello sintetizando el criterio del artículo 609 del Código Civil, la constitución de una servidumbre sólo puede provenir en virtud de: a) Un negocio jurídico

(20) La categoría, facultad y su diferenciación conceptual con el Derecho subjetivo, además de en la obra citada de DE CASTRO, en Díez PICAZO: *Lecciones de Derecho Civil*, Parte general.

(21) Cualquier tratado de Derecho de Cosas plantea el problema. Por los aspectos generales, Díez PICAZO, *Lecciones de Derecho Civil*, III «Derecho de cosas» y por los específicos de Derecho inmobiliario registral, Roca SASTRE, *Derecho hipotecario*.

voluntario por parte del *dominus*, y *b)* Un supuesto de hecho al cual la Ley liga la consecuencia jurídica de *obligar al propietario a soportar* la existencia de una servidumbre. Prescindiendo ahora del fenómeno de usucapión de servidumbres (art. 538 del Código Civil), cuando se produce el caso previsto en el apartado *b)* surge el concepto de servidumbre legal (art. 536).

2. Tradicionalmente la doctrina ha venido debatiendo la diferencia conceptual existente entre la servidumbre y la limitación del derecho de propiedad. Realmente, en muchos casos esta diferencia es tan nítida como puede ser la existente entre el usufructo y la patria potestad. Probablemente si en algunos casos no se ha llegado a conclusiones demasiado claras sea debido a la devaluación que el razonar científico tiene en los momentos actuales (22).

La primera dificultad para esclarecer estos conceptos es semántica: la servidumbre es por esencia una limitación mientras que lo que se llama limitación no es tal sino delimitación del derecho de propiedad. Con ello quiero decir lo siguiente:

A) Que toda servidumbre es una limitación ha quedado razonado antes. Una facultad del dominio se desprende del mismo autonomizándose en derecho subjetivo y atribuyéndose a un determinado titular.

B) Una limitación no limita nada, sino que sencillamente delimita, puesto que dice qué es lo que constituye el *agere licere* de la titularidad dominical, es decir, cuál es el cuadro de facultades que componen el dominio. No limita un contenido anterior, sino que define el derecho de propiedad. Por supuesto que puede limitar un contenido anterior, en el sentido de la limitación que la Ley del Suelo o la de Reforma y Desarrollo Agrario introducen en el concepto liberal del artículo 348 del Código Civil. Pero, evidente, no es esto a lo que me refiero. Una servidumbre limita porque una facultad que *existe* pasa a ser titularidad autónoma de un tercero. Una limitación no limita porque la facultad limitada no existe, sino que

(22) Digo que se encuentra devaluado porque se le califica con los adjetivos (calificativos en sentido peyorativo) de «aséptico» y «formal». Hoy es bastante corriente encontrarse en las obras de «Derecho» una distinción entre lo que se llama el aspecto «formal», en donde se estudia algo propiamente jurídico y el aspecto «material», en donde se aprovecha para hacer consideraciones de sociología jurídica, economía, axiología..., etc., que, lógicamente, al ser verificadas por juristas, nunca pueden ser de verdadera calidad, salvo casos realmente excepcionales. Otras veces se coliga en necesidad la crítica con la Ciencia. Por ejemplo, SANTAMARÍA PASTOR: *Un año de jurisprudencia contencioso-sindical*, núm. 71 de esta REVISTA, p. 156, aunque esa crítica no se circunscribe a poner de manifiesto los vacíos lógicos en la explicación de un Ordenamiento jurídico, sino, por ejemplo, a afirmar si los Abogados del Estado se inventan causas de inadmisibilidad, o alegan algunas cómicas. Particularmente creo que eso no es crítica. La praxis social ha bautizado a tales «comentarios» con una denominación sobradamente conocida que no es necesario aclarar en estas páginas. Una descripción de los diferentes modos de estudiar el Derecho y su conexión con el término «crítica», en GARCÍA SAN MIGUEL: *Notas para una crítica de la razón jurídica*; UMBERTO CERRONI: *Metodología y Ciencia Social*.

niega tal facultad y con ello delimita el concepto de derecho de propiedad.

Si estos dos conceptos se maduran se comprenderá que una limitación no es una titularidad mientras que una servidumbre evidentemente lo es. Toda relación jurídica es un efecto creado por un supuesto de hecho, por lo que si queremos diferenciar entre servidumbre y limitación debemos atender tanto al supuesto de hecho como al efecto producido.

a) *Desde el punto de vista del supuesto de hecho* la diferencia es evidente: una servidumbre necesita un acto concreto de imposición. Por supuesto, me estoy refiriendo a la servidumbre legal. Obsérvese que este acto concreto de imposición puede venir atribuido a los Tribunales o a la Administración (por ejemplo, la servidumbre de paso del Código Civil—Tribunales—y la servidumbre de paso de la Ley de Costas—Administración—). Cuando los intereses contemplados por la norma que motivan el establecimiento de servidumbres afectan a la generalidad, el acto concreto se residencia normalmente en la Administración.

Una limitación, por el contrario, no implica un acto concreto de establecimiento ni provoca, por tanto, la intromisión de los Tribunales ni de la Administración. Evidentemente, que lo dispuesto, por ejemplo, en el artículo 67 de la Ley del Suelo no necesita una concretización a través de un acto administrativo.

b) *Desde el punto de vista del efecto producido*, para comprender las diferencias hay que verificar un análisis estructural.

1. Desde el punto de vista del sujeto, si una servidumbre es una titularidad reclamará siempre un sujeto titular. Al no serlo, la limitación carece de este elemento estructural.

2. Desde el punto de vista del objeto, una servidumbre sólo puede afectar a bienes inmuebles (art. 530 del Código Civil), mientras que una limitación puede recaer tanto sobre bienes inmuebles como muebles.

3. Desde el punto de vista del contenido, una servidumbre implica normalmente un *non facere* para el titular dominical (23). Para una limitación es tan normal un *non facere* como una vinculación positiva.

4. Por fin, una limitación nunca implica un derecho a indemnización. Una servidumbre siempre. Por ello la servidumbre es, sencillamente, una forma parcial de expropiación. Parcial en el sentido de que no se expropia la totalidad de la titularidad dominical, sino alguna o algunas de las facultades que la componen (art. 555 del Código Civil y art. 1.º de la Ley de Expropiación Forzosa).

5. Una vez delimitadas las categorías, procede analizar si lo que propone LEGUINA es una servidumbre o una limitación. Hay que tener en cuenta que: a) No necesita un acto concreto de establecimiento

(23) Digo normalmente por el contenido del artículo 533 del Código Civil.

ni por parte de la Administración ni por parte de los Tribunales, y b) No implica indemnización. Por tanto, la inclusión en el molde conceptual de las servidumbres es incorrecta siempre que se tome este término en el sentido disyuntivo frente a la categoría limitación.

Pero es precisamente aquí donde surge el auténtico nudo gordiano del problema: una limitación puede operar de dos modos a) Simplemente recortando el contenido de una titularidad y delimitándolo sin atribuir titularidad a nadie; y b) Creando una efectiva titularidad *ex lege*. Este último es el caso de la servidumbre de uso público de las riberas de los ríos. Aquí sí hay una auténtica titularidad. Por tanto, en rigor el problema no se plantea ante una dualidad sino ante una trilogía: servidumbres, limitaciones y titularidades *ex lege*.

Teniendo en cuenta el contenido del artículo 3.º, 3, de la Ley de Costas, es claro que la titularidad pretendida por LEGUINA no es una servidumbre porque implica realmente *totalidad*. Tampoco es un *usufructo* porque implica *perpetuidad*. Tampoco es un censo porque es *irredimible* (art. 1.608 del Código Civil). Pero la inclusión en alguna de las categorías anteriores es algo de importancia secundaria, no sólo por el sistema de *numerus apertus*, sino sencillamente porque existe una titularidad administrativa con un contenido dado, siendo secundario su bautizo dentro de las denominaciones anteriores. Lo que sí importa subrayar es que a esta titularidad no se la podría encuadrar, como pretende LEGUINA, en el concepto de servidumbre.

2.2. *Las servidumbres por causa de utilidad pública como categorías demaniales*

Hemos visto que se afirma la existencia de un uso público (habiendo demostrado su imposibilidad lógico-jurídica), instrumentado en un molde conceptual (servidumbre y demostrada igualmente su improcedencia) provocador de una titularidad. Ahora interesa ver cómo el profesor LEGUINA resuelve el tema de su disección estructural y su régimen jurídico, lo cual nos lleva al análisis de las servidumbres por causa de utilidad pública.

1. El artículo 549 del Código Civil admite, indudablemente, la existencia de servidumbres establecidas por causa de utilidad pública. La concreción de este concepto se verifica en algunos casos, como por ejemplo el artículo 555 del Código Civil, dentro de los moldes conceptuales estrictos de la servidumbre. En otros, como la servidumbre de uso público de las riberas de los ríos cuando son de propiedad privada, la amplitud del uso se aleja un poco de los términos estrictos del concepto, pero ya advertí que ello no era excesivamente preocupante. Lo cierto es que existe una titularidad y la configuración lógica de la misma es lo que constituye el objeto de preocupación.

Existen dos datos de interés que han sido la base del inicio de la preocupación por el tema. El primero lo constituye el artículo 5.º del

Reglamento Hipotecario, que excluye la inscripción en el Registro de la Propiedad de las servidumbres impuestas por la Ley que tengan por objeto la utilidad pública o comunal, es decir, *que quedan exactamente equiparadas, en su tratamiento registral, a los bienes demaniales por destinación al uso público.*

El segundo dato es la existencia de algunos supuestos en los que debería acudir al concepto de servidumbre, como tesis de principio y, sin embargo, se acude al concepto de demanio. El problema se plantea de un modo claro en la usucapión de titularidades privadas para encuadrarlas en el demanio municipal, al amparo del artículo 8.º, 4, a), del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, que admite como una técnica de afectación presunta el que la entidad adquiriera con arreglo a derecho civil el dominio de una cosa que viniera estando destinada a un uso público.

La aplicación más importante de este precepto surge precisamente en relación con los caminos. Durante mucho tiempo («*vetustas* como criterio positivo») (24), por parte de los miembros de un municipio se utiliza como *paso* una propiedad privada, y transcurridos los lapsos temporales treintenales o si se quiere la *prescriptio inmemorialis*, resulta que el bien se incluye dentro de la categoría demanial. Esto realmente tiene muy poco de lógico por las siguientes razones.

— La primera porque el municipio, en cuanto persona jurídica, no está adquiriendo por usucapión. De todos modos este problema podría soslayarse entendiendo que es la comunidad en cuanto población la que usucape y, al ser elemento constitutivo del municipio, es precisamente este último el titular de la adquisición (25).

— La técnica de la usucapión encierra como requisitos esenciales de la misma la posesión y el lapso temporal previsto por la norma (art. 1.940 del Código Civil). La posesión, según declara el artículo 1.941, debe ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida. Dice Díez PíCAZO: «Un poseedor en concepto de dueño es una persona que realiza sobre la cosa actos inequívocamente dominicales, de los cuales puede objetivamente inducirse que se considera y que es considerado como efectivo dueño de la misma» (26). Claro, pienso, que si posesión en concepto de dueño quisiera decir lo que dice el profesor Díez PíCAZO, no sería posible usucapir más que la titularidad dominical, pero no cualquier otra y es evidente—art. 609, p. 3, del Código Civil—que no sólo el dominio sino los demás derechos reales se pueden adquirir por usucapión y a mayor abundamiento, como antes quedó constatado, se admite expresamente la usucapión de servidumbres.

Posesión en concepto de dueño, a mi juicio, no quiere decir eso. Significa que en el sujeto que usucape tiene que existir una preten-

(24) El análisis de la *Vetustas* en relación con el demanio, en el *Dominio Público* de VILLAR.

(25) Véase, por ejemplo, ENTRENA CUESTA: *Curso de Derecho Administrativo*.

(26) Díez PíCAZO: *Derecho de Cosas*, pp. 121 y ss.

sión de titularidad, un comportamiento objetivado que demuestre su intención de adquirir la titularidad de que se trate y no necesariamente el dominio.

Sobre ello el tema se plantea en relación con los caminos de uso público. Si sobre un terreno de propiedad privada durante un lapso temporal se viene verificando un *paso* público, es obvio que la comunidad que lo utiliza en tal sentido no tiene una pretensión de titularidad dominical, sino sencillamente de seguir utilizando el camino como paso. Por tanto, de acuerdo con lo razonado, lo que se produciría es la adquisición de una servidumbre por usucapión, pero no de una titularidad dominical, puesto que la utilización del bien privado ha sido siempre limitada a una facultad concreta: la utilización para paso público. Así ocurre precisamente cuando se trata de la servidumbre de paso privado. Sin embargo, doctrina y jurisprudencia son bastante conformes en que en tales casos se produce la adquisición conforme al artículo 8.º, 4, a), del Reglamento de Bienes, de la titularidad dominical por parte del Municipio. Yo, realmente, me he preguntado varias veces por qué.

2. Han sido precisamente estos dos datos los que me han obligado a pensar si efectivamente no tendría una dosis importante de congruencia el entender que dichas servidumbres establecidas por causa de utilidad pública reconducirían a la categoría demanial. Esta conclusión está específicamente negada por LEGUINA, pero creo que la construcción al margen de la misma no conduce a conclusiones coherentes.

A) A juicio del profesor LEGUINA la Administración no ostenta titularidad dominical, pero, sin embargo, es «dueña funcional de su destino» (27). Esto quiere decir entonces que es necesario buscar un titular de esa servidumbre y este titular tendría que ser «la comunidad».

En tanto que las playas se encuentran destinadas al uso de todos, la «comunidad» sería, desde luego, a nivel nacional. Con ello surge el primer inconveniente y es que lógicamente no se trataría de todos los miembros de la comunidad, sino de un concepto distinto: la comunidad menos uno, siendo este último el propietario, porque obviamente, respecto a él, no puede existir titularidad de servidumbre, que se extinguiría por confusión (arts. 531 y 546,1 del Código Civil).

Al no ser la «comunidad» una persona jurídica, nos encontraríamos con un derecho real en régimen de cotitularidad, lo cual obligaría a acudir a las normas contenidas en los artículos 392 y siguientes del Código Civil para poder explicar su funcionamiento. Sin embargo, esta conclusión queda marginada al decirse que la Administración es ni más ni menos que «dueña funcional de su destino». Y cabe preguntarse que qué quiere decir jurídicamente eso.

(27) La expresión se encuentra tomada de HANSENNE: *La servitude collective*.

El tratamiento de la subjetividad, desde el punto de vista científico, reconduce a tres categorías fundamentales: capacidad jurídica, capacidad de obrar y legitimación. Como antes dije, dentro del concepto de legitimación se diferencian doctrinalmente las tres categorías de legitimación directa, indirecta y extraordinaria o por apariencia, diferenciándose a su vez dentro de la legitimación indirecta la por representación y por sustitución. Si ahora aplicamos esta categoría a lo dicho por el profesor LEGUINA, las conclusiones son las siguientes:

a) Ante todo, parece claro que el término de *dueña* no se encuentra empleado como titularidad dominical, porque evidentemente un «destino» todavía, que yo sepa, no está considerado como objeto de derecho y menos de un derecho real, como lo es el de propiedad.

b) Si admitiéramos que la Administración tiene alguna forma de titularidad, es necesario encuadrarla. Directa, evidentemente, no es, puesto que se dice que la titularidad sigue depositada en manos de la comunidad. Por apariencia tampoco. Por representación no, puesto que habría que acomodarse a los artículos 1.709 y siguientes del Código Civil para explicar su funcionamiento. Por sustitución tampoco es admisible, porque la legitimación por sustitución supone la posibilidad de que una persona (sustituto) ejercite los derechos de otra (sustituido), produciendo efectos en la esfera jurídica de aquél, pero actuando el sustituto en su propio nombre y en su propio interés (28).

Por tanto, el decir que la Administración es dueña funcional de su destino es una frase que, aunque pueda resultar brillante en pura semántica, científicamente carece de verdadera significación.

B) Por otra parte, sin afirmar expresamente que se trata de bienes demaniales, *se afirma que tales bienes se encuentran sometidos a un régimen jurídico que es propio, peculiar y privativo de tal categoría de bienes*. Efectivamente, se afirma que la Administración ostenta potestades de policía, de conservación del uso público, pudiendo suspenderlo temporalmente, ostentando incluso potestad concesional.

Si por parte de un sujeto privado se verifica un acto de usurpación del destino al uso público de un bien sometido a una servidumbre de este tipo, creo que unánimemente se concluiría que *por la Administración se podría ejercitar la potestad de recuperación de oficio*. Si en determinados casos pudiera resultar necesaria una suspensión del uso público o el otorgamiento de un aprovechamiento especial, creo que existiría la misma unanimidad para sostener que *por parte de la Administración se utilizarían las técnicas de autorización o concesión*. Entonces creo que es lógico preguntarse: si esto mismo ocurre cuando se trata de bienes demaniales, si lo aplicamos a otros bienes «distintos» para sostener que no son bienes demaniales, vamos a necesitar una argumentación realmente profunda.

Las categorías jurídicas son aislables conceptualmente por sus efectos. Decía GONZÁLEZ PALOMINO: «En Derecho lo que no sean efectos es

(28) Díez PÍCAZO: *Parte general*, p. 240.

pura literatura» (29). Hay, indudablemente, en esta frase un gran contenido de verdad. «En la definición de una categoría jurídica—escribe VILLAR PALASÍ (30)— no son sólo relevantes las consecuencias jurídicas, sino éstas en su sentido general, en su función genérica.» El régimen jurídico del demanio, provocador de la categoría en sí misma, nació precisamente para defender mediante técnicas jurídicas separadas del *ius commune* un conjunto de titularidades públicas. El demanio, por tanto, sólo podría definirse como unas titularidades públicas sometidas a un régimen especial. Originariamente no tenía por qué concretizarse esa titularidad en el derecho de propiedad. Históricamente el demanio, como ha escrito VILLAR PALASÍ, ha surgido precisamente como una técnica de intervención más que como un título de propiedad. Lo que realmente importaba era la posibilidad de intervenir, no el ser propietario. La utilización del derecho de propiedad surgió precisamente porque «el Derecho no ha inventado ni imaginado jamás un título más amplio ni intenso de intervención y al mismo tiempo más utilizable ubicuamente» (31).

Si a una titularidad administrativa—aunque conceptualmente se defina de un modo tan impreciso como el de «dueña de un destino»— la sometemos a un régimen normativo exactamente equiparable al demanial, no creo que nos quede otro remedio que concluir que esa titularidad administrativa es demanial.

La doctrina, desde la vieja definición de *HAUKIOU* (propiedades administrativas formalmente afectas a la utilidad pública), viene insistiendo en que el demanio constituye una relación de propiedad. La propia jurisprudencia recoge esta significación. Es sintomática la sentencia de 8 de noviembre de 1962, que declara: «... el dominio público, cualquiera que pueda ser su configuración teórica, está concebido en nuestro Derecho positivo, no como una relación de poder, sino como una relación de propiedad».

Sin embargo, si, como afirmaba el profesor VILLAR, el demanio originariamente es un título de intervención y la propiedad sólo surge precisamente para juridificar en el título más intenso tal intervención, parece lógico que en determinados casos en los que la intervención no tiene por qué instrumentarse a través del derecho de propiedad pueda otra titularidad administrativa formar parte de la categoría demanial. Pero esta afirmación de que parece lógico es, sin duda, un juicio de valor, y, por tanto, su viabilidad dependerá de la existencia

(29) *Estudios de Arte Menor sobre Derecho Sucesorio*, «Anales de la Academia Matritense y del Notariado», tomo II, 1946.

(30) VILLAR PALASÍ: *Dominio Público*, p. 6.

(31) VILLAR PALASÍ, *op. cit.* La concepción del demanio como una técnica de intervención, originariamente causal al ser referida al demanio natural respecto del cual sería una técnica final, y su posterior ampliación, como técnica instrumental, creando el demanio artificial, me parece una explicación que contribuye a aclarar en una alícuota importante la institución demanial. A mi juicio, son importantes los apartados de esta obra de VILLAR: *El distinto significado de cosa en el Derecho civil y en el Derecho administrativo* y *La cosificación del demanio como oscurecimiento del fin de intervención*.

de un refrendo normativo, y hay que reconocer que, tendencialmente por lo menos, nuestro Derecho positivo conduce a una concepción del demanio como propiedad.

A) El Código Civil, después de separar tajantemente en el artículo 338 los bienes de dominio público y los de propiedad privada (32), dispone en el número 1.º del artículo 339 que son bienes de dominio público: «1) los destinados al uso público, como los caminos, canales, torrentes...»

Se puede observar que el Código Civil habla de bienes destinados al uso público, lo cual constituye una primera imprecisión desde el punto de vista científico, ya que no son bienes, sino titularidades sobre bienes, lo que se encuentra destinado, del mismo modo que lo mueble o inmueble no es el bien, sino la titularidad sobre el bien, a pesar de que el Código Civil confunda en el artículo 334 la cosa con la propiedad, siguiendo de este modo la tradicional herencia romana. La clave es que se trate de una titularidad patrimonial destinada a un uso público. Es claro que el Código Civil está pensando precisamente en que esa titularidad sea la dominical, puesto que el artículo 341 declara: «los bienes de dominio público, cuando dejen de estar destinados al uso público, pasan a formar parte de los bienes propiedad del Estado».

B) La Ley de Régimen Local, texto refundido de 24 de junio de 1955, y el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, de 27 de mayo de 1955, tienen exactamente la misma tendencia, aunque del artículo 3.º, 1, del Reglamento, al emplear el término «pertenencia» y del artículo 182 de la Ley al emplear los términos de «bienes, derechos y acciones», se podría inducir una mayor flexibilidad.

C) Es francamente importante el artículo 1.º de la Ley de Patrimonio del Estado, texto articulado, aprobado por Decreto de 15 de abril de 1964. Su artículo 1.º declara:

«... constituyen el patrimonio del Estado:

1.º Los bienes que, siendo *propiedad* del Estado, no se hallen afectos al uso general o a los servicios públicos, a menos que una Ley les confiera expresamente el carácter de demaniales. Los edificios *propiedad* del Estado en los que se alojen órganos del mismo tendrán la consideración de demaniales.

2.º Los derechos reales y de arrendamientos de que el Estado sea titular, así como aquellos de cualquier naturaleza que deriven del dominio de los bienes patrimoniales».

Parece claro, por tanto, que dicho precepto legal encuadra dentro del patrimonio del Estado todos los derechos reales sobre cosa ajena

(32) No hay que preocuparse demasiado por esta escisión tajante, puesto que de otro modo eliminaría la posibilidad de existencia de las *res nullius* y abortaría el mecanismo de la ocupación, cuando dicha categoría de bienes se encuentra reconocida en el artículo 610 del propio Código Civil.

de que el Estado sea titular, incluyéndose en la categoría demanial las titularidades dominicales afectas a alguno de los criterios reseñados:

De todo ello se deduce que el problema plantea la presente disyuntiva: o bien consideramos que los términos manejados por la normativa citada no deben entenderse en un sentido estricto, de modo que cuando se hable de propiedad debe entenderse titularidad, o bien no hay ninguna base científica para entender que a esas llamadas servidumbres de uso público les resultan aplicables las características integrantes del régimen normativo del demanio. Lo que, a mi juicio, no se puede sostener es que no se trata de titularidades demaniales y, sin embargo, aplicarles el régimen jurídico demanial.

3. Con todo ello he pretendido plantear el problema en sus términos científicos. Evidentemente que estas páginas no pretenden agotar las posibilidades de estudio. Antes al contrario, se pretende empezar a construir científicamente algo para evitar que en un razonamiento lógico nos encontremos con absurdos mentales de imposible digestión.

V

CONCLUSIONES

1. Sobre los enclaves de propiedad particular reconocidos por la Ley de Costas no existe un uso público, puesto que el mismo resulta imprecendente, examinado el total complejo normativo de la Ley de Costas.

2. La evolución histórica del *litus* demuestra una imprecisión tanto en cuanto a su encuadramiento categorial como en lo relativo a la admisión en el mismo de propiedades privadas.

3. El Registro de la Propiedad no constituye en sí mismo una técnica legitimadora, a través del artículo 34, de las usurpaciones privadas de las parcelas secularmente demaniales. La usurpación se consigue precisamente por la normativa reguladora de tales parcelas demaniales, que es la que utiliza el Registro de la Propiedad para la consecución de sus fines.

4. En lo relativo a las servidumbres de uso público no quiero elaborar conclusiones, puesto que mi intención ha sido la de plantear el problema. Si se quiere, la conclusión es la de que el problema debe plantearse en los términos dichos.

Mario CONDE Y CONDE

Licenciado en Derecho.
Abogado del Estado

