

# El dominio público francés frente a la modernidad

## The public domain in France in front of the modernity

Hubert Alcaraz\*

Repasando la historia del concepto de dominio público en el derecho público francés, se demuestra la importancia del tema en la construcción del derecho administrativo y de las grandes teorías que le nutren. Aparecen igualmente las evoluciones del concepto en la época reciente y las transformaciones y adaptaciones que conoció y que le permiten seguir siendo un elemento básico y esencial de la enseñanza y de la reflexión en el derecho público francés.

**Palabras clave:** Dominio público, derecho administrativo, modernidad.

Remembering the story of the public domain in French public law, the importance of this matter appears in the construction of the French public law and the main theories contributing to its growth. The changes and the challenges that this concept faces in the actual time may also be present, as well as the transformations and adaptations flowing through it and allowing it to keep being one of the most essential elements of the teaching and the reflection in the French public law.

**Keywords:** Public domain, administrative law, modernity.

RESUMEN / ABSTRACT

### Introducción

El dominio público en Francia hunde sus raíces en la historia y se dispersa, como concepto, por muchos territorios.

Hablando del dominio público en Francia, es la incertidumbre la que aparece de entrada: existe un verdadero misterio sobre sus orígenes, es decir, el certificado de nacimiento de la distinción de los dominios parece difícil de encontrar.

Sin embargo, es muy común entender en esa distinción un hallazgo del espíritu francés. Y esa convicción de una originalidad es muy compartida en Francia puesto que la dualidad de la propiedad pública

\* Profesor titular de Derecho público en la Universidad de Pau et des Pays de l'Adour, miembro de l'Institut d'études ibériques et ibérico-américaines (IE2IA), CNRS UMR 7318. Correo electrónico: hubert.alcaraz@univ-pau.fr

Recibido el 28 de septiembre y aceptado el 27 de octubre de 2014.

está vinculada muy íntimamente con el dualismo jurisdiccional. La historia lo demuestra (I), tanto como el contenido y la significación actual de la noción (II) y las orientaciones que la agitan desde hace unos años (III).

## I. Apuntes históricos: la formación del concepto de dominio público

La historia de la construcción del concepto de dominio público nace del crecimiento de los patrimonios públicos a lo largo del Antiguo Régimen y, después, del triunfo de espíritu liberal a partir del siglo XVIII (1). Se fundamenta también en la distinción que aparece durante el siglo XIX entre dominio público y dominio privado de las personas públicas (2).

### 1. El crecimiento de los patrimonios públicos

El punto de partida se encuentra en la construcción, o el nacimiento, de patrimonios públicos. Su aparición es inherente en Francia a la construcción del Estado y de las instituciones locales. Desde este punto de vista, el desacoplamiento progresivo de los bienes de la Corona y de los bienes personales del soberano participaron de manera relevante en la emergencia del Estado. Con esto, la constitución de patrimonios públicos locales acompañó también la formación histórica de instituciones locales. Al desarrollo de patrimonios públicos del Estado y de las otras personas públicas siguió, durante la época moderna, el crecimiento de la intervención estatal y, más generalmente, el aumento de la intervención pública. El número creciente de misiones y responsabilidades atribuidas a las instituciones públicas las condujeron a ampliar su influencia territorial en una cantidad ascendente de bienes, adquiridos o construidos por ellas. Hoy este crecimiento parece retroceder sobre diversas influencias, las cuales evocaremos.

Y la verdad es que en estos casos es muy raro que los bienes públicos se encuentren sometidos al derecho común. En Francia, lo hemos dicho, eso tiene que ver con el origen histórico de los patrimonios públicos estrechamente vinculados con el patrimonio personal de los monarcas<sup>1</sup>. Tienen igualmente relación con un elemento funcional, en el sentido que la naturaleza de ciertos bienes públicos los aleja de los bienes privados, más precisamente cuando se trata de espacios totalmente abiertos para el público.

Entonces, durante el Antiguo Régimen se construyó, a través del principio de inalienabilidad, un régimen peculiar de los bienes de la Corona. En esa base, poco a poco, se fue elaborando la teoría del dominio público.

---

<sup>1</sup> GAUDEMET 2007, 526.

La primera idea de esa distinción, y su primera aparición, surge del artículo 538 del Código Civil, el cual declara ciertos bienes (carreteras o ríos navegables) incapaces de propiedad privada. ¿No los estaba concibiendo el legislador como inalienables? Esa distinción va a ser estudiada por autores del siglo XIX, como Foucart, antes de ser sistematizada por Victor Proudhon<sup>2</sup>, decano de la Facultad de Derecho de Dijon<sup>3</sup>.

2. El particularismo del derecho de los patrimonios públicos: la aparición de la distinción dominio público-dominio privado

Según este autor, existe efectivamente un dominio improductivo que comprende bienes afectados al "uso público". Por esa razón, esos bienes son inalienables e imprescriptibles, al menos durante el tiempo en que dure ese empleo de interés general. A este dominio se opone el dominio privado, "dominio del beneficio", compuesto por bienes productivos.

Y esa distinción, teorizada por Proudhon, va a tener un amplio éxito en la doctrina puesto que es adoptada por la mayoría de los juristas del siglo XIX, a tal punto que desde la mitad del siglo XIX, decisiones de jurisprudencia empiezan a usar la teoría del dominio público, vinculando las consecuencias sugeridas por la doctrina, es decir inalienabilidad e imprescriptibilidad. Al final del siglo, la distinción es consagrada de manera constante por la jurisprudencia.

En aquella época se impuso definitivamente la idea según la cual los bienes públicos encierran un núcleo importante, el dominio público, que no se somete a las reglas del derecho privado de los bienes. A decir verdad, descubriremos después que los bienes del dominio privado no son meramente sometidos al derecho común y que, finalmente, todos los bienes públicos son atravesados por reglas específicas, especiales, más o menos diferentes según los casos.

Llegados a este punto, lo que llama la atención y lo que importa es esa observación: aunque sea única en su esencia, la propiedad de las personas públicas en Francia se fue desdoblando en su existencia. Así, los bienes, perteneciendo a administraciones, se tipifican tanto como partes del dominio público o, al contrario, del dominio privado.

La distinción determina tanto el régimen jurídico aplicable a las propiedades administrativas –derecho público por el dominio público de las personas públicas, y derecho híbrido, con parte prevalente de derecho privado, por el dominio privado de esas mismas personas– como la competencia jurisdiccional en caso de conflicto.

<sup>2</sup> En su *Traité du domaine public*, publicado en 1833.

<sup>3</sup> VERPEAUX 1984.

La distinción del dominio público y del dominio privado, es decir, la existencia de un dominio público distinto de la propiedad común de derecho privado, del cual nace la existencia de un dominio privado, encomienda el régimen jurídico de los bienes de la administración.

## II. La significación actual del dominio público<sup>4</sup>

En 1986, el Consejo de Estado francés consagró un muy interesante informe a la cuestión de la "orientación del derecho de las propiedades públicas"<sup>5</sup>. En seguida, fue puesto en marcha un Código de las propiedades públicas. Es finalmente un Código general de la propiedad de las personas públicas, que fue adoptado en 2006, el que agrupa las principales normas relativas a los bienes públicos<sup>6</sup>, sean bienes perteneciendo al dominio público o al dominio privado<sup>7</sup>, lo que comporta disposiciones relativas al dominio público, como disposiciones relativas al dominio privado.

Si bien las reglas que rigen hoy los bienes públicos son esencialmente de fuente legislativa, fueron durante mucho tiempo exclusivamente jurisprudencial<sup>8</sup>. Sin embargo, este derecho, legislativo y jurisprudencial, es ahora dominado por ciertas normas internacionales y constitucionales<sup>9</sup>. Entonces, lo que llama la atención, son unas orientaciones generales del derecho del dominio público (1), que confirman la importancia de unos criterios de identificación de los bienes que le pertenecen (2).

### 1. Las evoluciones generales de la domanialidad pública

Como hemos visto, la distinción del dominio público y del dominio privado se impuso durante el siglo XIX partiendo de la idea de que ciertos bienes públicos, por razón de su asignación al uso de todos o, más ampliamente, por su utilidad pública, debían gozar de una protección jurídica peculiar. Sobre este fundamento fue construida la teoría nombrada de la "domanialidad pública" que instituye para los bienes tipificados en el dominio público un régimen original, tanto para su gestión, como dentro de las relaciones con los terceros o su delimitación, entre otros temas.

<sup>4</sup> CAILLOSSE 2008, 237.

<sup>5</sup> Consejo de Estado 1987, 13.

<sup>6</sup> Fue establecido por la Ordenanza n° 2006-460 del 21 de abril de 2006, entrado en vigor el 1 de julio de 2006; y fue ratificado por una ley del 12 de mayo de 2009. Este Código deroga el esencial del Código del dominio del Estado, anteriormente en vigor.

<sup>7</sup> MAUGUÉ et BACHELIER 2006, 1073 ; MAUGUÉ 2006, 1245.

<sup>8</sup> LAVIALLE 2008, 491.

<sup>9</sup> Por ejemplo, Consejo Constitucional (CC), *décision* n° 86-207 DC du 26 juin 1986, *Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, *JORF* 27 juin 1986, p. 7978 ; CC, *décision* n° 2010-67/86 QPC du 17 décembre 2010, *Région Centre et région Poitou-Charentes*, *JORF* 19 décembre 2010, p. 22373 ; FATÔME 2003, 1192.

La distinción entre dominio público y dominio privado se convirtió, paralelamente, en la manera de importar, dentro del régimen de los bienes públicos, la distinción del derecho público y privado. Esa distinción sigue produciendo consecuencias no solo de fondo, por lo que concierne las normas aplicables, sino también a propósito del juez competente. Por esa razón, la cuestión de la determinación del dominio público, es decir de sus criterios de identificación sigue siendo una de las más importantes del derecho público francés.

Hacia 2006 y con la entrada en vigor del Código general de la propiedad de las personas públicas, fue la jurisprudencia la que elaboró los criterios de identificación de los bienes pertenecientes al dominio público. El legislador solo intervino de manera puntual a propósito de bienes muy específicos<sup>10</sup>.

La jurisprudencia admitió primero el carácter de bienes públicos de los bienes destinados al uso del público y, segundo, concedió ese mismo carácter a los asignados a un servicio público y dotados de un acondicionamiento especial.

El primer criterio fue admitido de prisa y la jurisprudencia, conforme con las posiciones doctrinales mayoritarias del siglo XIX, y acogió muy rápidamente el carácter de elemento del dominio público de bienes públicos dedicados al uso directo del público: iglesias, cementerios, mercados, etc.<sup>11</sup>. En cambio, por lo que se refiere a los bienes dedicados a los servicios públicos, las soluciones fueron mucho más vacilantes y es solo en la mitad del siglo XX que fue claramente admitido que ciertos bienes no dedicados al uso del público formaban sin embargo parte del dominio público, con la condición de que sean especialmente acondicionados para este destino. Esta solución fue recibida, primero, por la Corte de casación<sup>12</sup> y, en seguida, por el Consejo de Estado<sup>13</sup> y el Tribunal de los conflictos<sup>14</sup>.

De cualquier forma, esos criterios conciernen, desde el origen y todavía hoy, únicamente al dominio público de los bienes inmobiliarios. Y sobre todo, la cuestión de la incorporación en el dominio público de los bienes dedicados a los servicios públicos y especialmente acondicionados ha sido objeto de muchas críticas, básicamente porque la jurisprudencia concibió la condición de acondicionamiento especial de manera

<sup>10</sup> LAVIALLE 2008.

<sup>11</sup> Véase la famosa sentencia del Consejo de Estado: CE, 28 de junio de 1935, *Marécar*, *Recueil*, p. 734.

<sup>12</sup> Cass. civ., 7 noviembre 1952.

<sup>13</sup> CE, 30 de octubre de 1953, *SNCF*, *Recueil* p. 463; CE, 19 de octubre de 1956, *Société Le Béton*, *Recueil*, p. 373.

<sup>14</sup> Tribunal des conflits, 10 de julio de 1955, *Société des Steeple Chase de France*.

muy generosa<sup>15</sup> y porque añadió a estas construcciones intelectuales que amplificaban su alcance, con teorías como la de la “domanialidad global” y la de la “domanialidad virtual”, provocando reacciones, particularmente legislativas, con la adopción del Código general en 2006.

## 2. Los criterios de la domanialidad pública

Hoy los criterios básicos de pertenencia al dominio público son fijados por la ley en el Código general de la propiedad de las personas públicas. Este texto establece dos categorías de criterios: la primera para los bienes inmobiliarios, la segunda por los bienes mobiliarios.

Por lo que es relativo a los primeros, el artículo L. 2111-1 del Código establece que “salvo disposiciones legislativas especiales, el dominio público (inmobiliario) de una persona pública... es constituido por bienes que le pertenecen y que son dedicados al uso directo del público, o dedicados a un servicio público salvo que en este caso sean objetos de un acondicionamiento imprescindible para la ejecución de las misiones de este servicio público”. Un artículo L. 2112-1 completa esa previsión, estableciendo que “pertenecen igualmente al dominio público los bienes de las personas públicas... que, contribuyendo al uso de un bien parte del dominio público, constituyen su accesorio inseparable”.

Por lo que se refiere a los bienes mobiliarios, el artículo L. 2112-1 decide que para pertenecer al dominio público, los bienes mobiliarios tienen que presentar un interés público desde el punto de vista histórico, artístico, arqueológico, científico o técnico y propone un catálogo de estos bienes.

Además, es posible que la pertenencia, o la no pertenencia al dominio público, sea impuesta por un texto peculiar, o deducida por la jurisprudencia de un texto peculiar. Así, por ejemplo, se encuentran en el dominio público: las carreteras nacionales, las autovías, las departamentales, las vías municipales (según los artículos L. 123-1, L. 131-1 y L. 141-1 del Código de la red vial), ciertas dependencias del dominio marítimo (según la ley del 28 de noviembre de 1963) o del dominio fluvial (Código del dominio fluvial, artículo 1).

Entonces, las reflexiones se concentran en las condiciones de pertenencia al dominio público inmobiliario que suscitan más discusiones y dificultades prácticas. Por otro lado, de la evolución jurisprudencial reciente se desprende una doble constatación. Primero, una aparente paradoja: la tendencia actual a la contracción de la propiedad pública fue caminando y se ajusta con el empuje dinámico del derecho público dentro de los patrimonios administrativos, todo cambiando por con-

<sup>15</sup> Por ejemplo: CE, 25 de enero de 2006, *Commune de la Souche*, *Revue Droit administratif* 2006, n° 42.

vertirse en dominio público. Segundo, una sensación de inseguridad jurídica se desprende del estado del derecho positivo: la pertenencia de un bien a una u otra categoría se encuentra marcada con un fuerte coeficiente de incertidumbre. No es cierto que la codificación realizada en 2006 resolvió realmente esa dificultad.

Si el Código general de la propiedad de las personas públicas manifiesta una voluntad de unificación del derecho de las propiedades públicas, no impugna la *summa divisio* dominio público/dominio privado. La estructura del dominio de las personas públicas en Francia sigue siendo, entonces, dualista.

En ese sentido, el Código hoy reafirma y completa los criterios de identificación de los bienes que hacen parte del dominio público de las personas públicas: conserva los principales, es decir, los criterios consuetudinarios por el juez de lo contencioso-administrativo, y añade el mecanismo constituido por uno de esos criterios.

Desde este punto de vista, son tres los criterios que permiten identificar los bienes que merecen ser tipificados dentro del dominio público inmobiliario y así gozar de la protección que ofrece: a) la pertenencia a una persona pública, b) la destinación al uso público y, en ciertos casos, c) el acondicionamiento.

a) *Dominio público y propiedad privada*. La pertenencia al dominio público exige la propiedad pública. Eso tiene una triple significación.

i) *Dominio público y exigencia de propiedad*. Evidentemente, para pertenecer al dominio público, como por lo demás al dominio privado, de las personas públicas, el bien debe pertenecer a la persona pública; ese es el criterio, para decir la verdad, de la propiedad pública. Entonces, primero lo que importa es recordar que el dominio público supone propiedad.

Aunque evidente, esa exigencia de propiedad pública produce unas consecuencias curiosas a propósito del aire o de las frecuencias hertzianas. De este punto de vista, el espacio aéreo aparece resistente a toda propiedad, sea pública, sea privada. Es solamente sometido a un derecho de soberanía del Estado, que se traduce esencialmente por el ejercicio de poderes de policía. En cuanto a las frecuencias hertzianas, por la misma razón, deberían permanecer fuera del dominio público; no obstante, por decisión legislativa lo integran. En efecto, el legislador puede siempre establecer excepciones a la definición que ahora es claramente legislativa, establecida por el artículo L. 2111-1.

Se puede mencionar igualmente el caso del agua de mar que no pertenece al dominio público marítimo teniendo en cuenta su estatuto de *res comune*. En cambio, las aguas de manantial captadas para ali-

mentar una fuente pública, como las aguas que fluyen de esta, pertenecen al dominio público. Por supuesto las aguas de los cursos de agua públicos pertenecen al dominio público fluvial. Por el contrario, la fauna y la flora son tradicionalmente concebidas como *res nullius* y por consiguiente excluidas del dominio público.

ii) *Dominio público y exigencia de propiedad pública.* Las dependencias del dominio público deben ser la propiedad de una persona pública, lo que significa que todas las personas públicas tienen un dominio público y solo ellas lo tienen.

Como hemos dicho, desde un punto de vista histórico, el dominio público se fue construyendo durante el siglo XIX a partir de una matriz histórica, sobre un sustrato histórico que fue el "dominio de la Corona", relacionado con la construcción de un Estado monárquico. Esa observación establece la tesis tradicional de la "unidad domanial" o patrimonial en el seno del poder público. Existe una relación entre el ejercicio de la soberanía y esa concepción unitaria.

La propiedad pública se extenderá después hacia las colectividades infraestatales, que en Francia son llamadas "colectividades territoriales". Hoy todas esas entidades son propietarias de un dominio público, aunque el Estado conserva un derecho de control en materia de uso de esas dependencias.

La evolución prosiguió con el reconocimiento de un dominio público de las personas públicas sin base territorial, sobre todo a partir de los años 1980, con la comprobación por el juez administrativo de la partición entre dominio y territorio, y la admisión de la existencia de un dominio de los establecimientos públicos. Esos establecimientos públicos (o corporaciones/entidades públicas especializadas), sean administrativos, sean industriales o comerciales, disponen en principio de un dominio público<sup>16</sup>.

Hoy, el artículo L. 2111-1 trata solo de las personas públicas "clásicas". Entonces se deben distinguir dos situaciones. Para las personas públicas *sui generis*, es decir las personas públicas específicas, distintas del Estado, de las colectividades territoriales y de los establecimientos públicos, los bienes inmobiliarios de algunas de ellas son comparados con los de los establecimientos públicos estatales y todas esas personas disponen de un dominio público, que no presenta importante originalidad.

Para las otras personas públicas *sui generis*, el artículo L. 2 del Código general de la propiedad de las personas públicas puede comprenderse de dos maneras: según la primera, las disposiciones del Código son aplicables solamente en caso de estar previsto expresamente por

<sup>16</sup> CE, 23 de octubre de 1998, *Electricité de France*.



un texto peculiar, pero esa visión es muy discutible porque generalmente los textos relativos a esas entidades no dicen nada sobre este tema. Según la segunda, que es hoy privilegiada por razón de seguridad jurídica, esas personas públicas innominadas son, por principio, sometidas al Código, salvo que unos textos especiales establezcan lo contrario.

Únicamente las personas públicas tienen un dominio público: el factor orgánico representa una condición necesaria para la incorporación en el dominio público, un bien no puede ser incluido en este dominio si pertenece a una persona privada. Esa es la razón por la cual la jurisprudencia recuerda regularmente que los bienes de las personas privadas, incluso dedicados al público o al servicio público, y acondicionados para ello, cual sea el estatuto de esas personas privadas, no pueden hacer parte del dominio público. Así las vías privadas, incluso cuando son abiertas para la circulación, no pertenecen al dominio público y un municipio puede incorporar un camino privado a su red vial.

iii) *Exigencia de una propiedad pública exclusiva.* La propiedad de la persona pública debe ser exclusiva: el espíritu del dominio público supone una apropiación total por un único propietario público<sup>17</sup>, para asegurar las exigencias de la destinación del bien. Por eso la partición de propiedad es excluida. Entonces, los inmuebles sometidos a la copropiedad figuran necesariamente en el dominio privado de las personas públicas<sup>18</sup>. Asimismo, a los inmuebles del dominio público no se les puede aplicar el régimen de la indivisión, al contrario de los del dominio privado. De la misma manera, la medianería no puede aplicarse a los bienes tipificados en el dominio público.

b) *Dominio público y asignación pública.* Al lado de la condición orgánica, el elemento teleológico aparece igualmente determinante. Se trata más precisamente de un criterio finalista. La destinación o la asignación designa tanto "la atribución de una meta asignada para un bien" (concl. Latournerie sobre CE, 28 de agosto de 1935, *Marécar, préc.*), como el resultado de esa operación.

Es esa utilidad pública que justifica la aplicación de un régimen de derecho público a los elementos del dominio público, según los bienes son útiles para el público de manera directa o indirecta, a través del servicio público.

Entonces, aquí encontramos una dualidad tradicional y característica, asignación pública directa o indirecta, confirmada por el Código

<sup>17</sup> CE, 27 de mayo de 1964, *Chervet, Recueil* p. 300.

<sup>18</sup> CE, 11 de febrero de 1994, *Compagnie d'assurance Préserveur foncière, Recueil* p. 65 ; YOLKA 2009, 80.

general de la propiedad de las personas públicas. Sin embargo, de ese criterio nacen las más importantes dificultades prácticas.

*i) Dualidad de la asignación.* Los bienes del dominio público pueden, primero, estar asignados al uso directo del público: históricamente fue su primera vocación. Las nociones de destinación al público y de apertura o acceso del público tienen relaciones complejas. En todo caso, el artículo L. 2111-1 CGPP confirma que los bienes inmobiliarios “asignados al uso directo del público” pertenecen al dominio público.

La noción no es tan fácil de determinar como parece y la jurisprudencia en ciertos casos manifestó dudas. Se trata de bienes destinados a estar utilizados directamente y en sí mismos por los particulares. El uso puede ser del público, un uso diríamos colectivo, es decir una categoría general de usuarios (vías públicas, ríos) pero se admite también usos privativos sobre dependencias asignadas esencialmente al uso público (concesión o permiso de red vial) o sobre dependencias asignadas esencialmente a usos privativos (concesiones funerarias). En ciertos casos, una simple apertura al público no está asimilada a una destinación. Esas últimas utilizaciones, aunque sean privativas, aparecen conformes con la destinación porque permiten su respecto.

Como hemos indicado, gracias al impulso de unos autores (sobre todo profesores de la Universidad de Burdeos, al principio del siglo XX), el dominio público se enriqueció de los bienes destinados al servicio público<sup>19</sup>. Esa pertenencia fue pues tardíamente admitida y nunca sin reservas porque sin estas la domanialidad pública tendría una extensión demasiado amplia<sup>20</sup>. Se exigió siempre una condición suplementar que fue, durante mucho tiempo, la de “acondicionamiento especial” y que es, hoy en día, la del acondicionamiento imprescindible según el Código. La idea es que el bien sea especialmente adecuado para su función en el marco del servicio público<sup>21</sup>.

Esa evolución tomó un sentido político: manifestó la transformación del papel del Estado y una mutación en la concepción del dominio público. En efecto no estaba concebido solo como un espacio público sino igualmente como un instrumento de la acción administrativa. Y podemos observar que eso justifica que un bien pudiese pertenecer al dominio público de una persona pública pero ser destinado a un servicio público que depende de otra.

<sup>19</sup> LAVIALLE 2010, 533; AUBY 1963, 11.

<sup>20</sup> De toda forma, para entender esa expresión, tenemos que subrayar que la noción de “servicio público” es concebida de manera muy larga como una actividad de interés general ejercida bajo la autoridad de una persona pública; por ejemplo, CE 5 de febrero de 1965, *Société lyonnaise de transports*, *Revue du Droit public*, 1965, 493.

<sup>21</sup> MELLERAY 2004, 400.

ii) *Límites de la asignación.* Primero, es un criterio cuya eficacia puede ser relativa (por un lado, podemos encontrar hipótesis de un dominio privado con destinación peculiar, como en el caso de los alojamientos pertenecientes a los organismos públicos, y por el otro, encontramos un dominio público sin destinación, por ejemplo las dependencias naturales o los bienes que perdieron su destinación sin desclasificación formal).

Segundo, este criterio, en realidad, tiene sentido solo para el dominio público artificial.

Tercero, la diferencia entre destinación para el público y destinación para el servicio público es muy relativa. Por ejemplo, muy a menudo, las dos coexisten.

Por esos motivos, la presentación binaria de la destinación es discutida desde hace mucho tiempo.

#### c) *Dominio público y adaptación imprescindible*

i) *Situación anterior al Código general de la propiedad de las personas públicas.* La preocupación para encontrar una solución ajustada entre dos opuestos, es decir por un lado un dominio público reducido comprendiendo solo los bienes con destinación al uso directo del público y, por el otro, con un dominio público muy desarrollado sin restricción con los bienes simplemente asignados al servicio público, representa la búsqueda de un justo equilibrio.

El derecho francés fue buscando esta conciliación en la exigencia de un acondicionamiento peculiar, de una adaptación peculiar del bien para su función. Pero si desde el punto de vista teórico, esta construcción prometió provocar una reducción de la esfera del dominio público, en la práctica no produjo mucho efecto.

De manera general, el "acondicionamiento especial" exigido anteriormente a la entrada en vigor del Código, consistía o en la existencia de instalaciones materiales realizadas por la mano humana para adecuar el bien con su destino<sup>22</sup>, o en un elemento natural, vinculado con la configuración o la mera situación del bien que asegura su adaptación a su destino<sup>23</sup>.

ii) *El Código general de la propiedad de las personas públicas.* La adopción del Código no se caracteriza por una continuidad total puesto que este texto exige un acondicionamiento solo por los bienes

<sup>22</sup> Por ejemplo, CE, 11 de mayo 1959, *Dauphin*, AJDA 1959, p. 228.

<sup>23</sup> A propósito de una cochera de autobuses teniendo en cuenta su lugar y sus dimensiones: CE, 6 de mayo de 1963, *Ville de Saint-Ouen*, *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* (CJEG)1964, p. 551.

destinados al servicio público, aunque en los últimos años el juez de lo contencioso-administrativo lo exigió también por los bienes destinados al público. Es decir que el Código aparece riguroso con los bienes destinados al servicio público en este sentido que requiere un acondicionamiento imprescindible.

Además, esta exigencia de un acondicionamiento imprescindible (para la ejecución de las misiones del servicio público al cual el bien es destinado) se sustituye a la condición elaborada por la jurisprudencia que requería un acondicionamiento no "imprescindible" pero "especial", lo que parece ser menos severo.

No obstante la verdad es que pocas decisiones jurisdiccionales tuvieron cuenta de ese cambio y, ocho años después de la reforma legislativa no estamos seguros que va a producir todas sus potencialidades<sup>24</sup>.

### III. Las evoluciones recientes de la doctrina y de la enseñanza del dominio y de los bienes públicos: los símbolos de la elasticidad

Ocho años después de la adopción del Código general de la propiedad de las personas públicas, numerosas son las cuestiones, o aun las controversias, que siguen animando la materia del dominio público y, más generalmente, el derecho de los bienes públicos. Todas demuestran la elasticidad del derecho del dominio público, es decir su capacidad a adaptarse a las evoluciones, incluso más profundas y desestabilizadoras (1), y seguir así como un elemento esencial del derecho público francés (2).

#### 1. La adaptabilidad del dominio público

La primera es relativa a los límites del dicho dominio público. ¿Se puede decir que la jurisprudencia y el Código desplazan los límites del dominio público? Esa pregunta encuentra una respuesta afirmativa. En efecto, por razones de oportunidad, los textos y la jurisprudencia atemperan los riesgos relacionados con una aplicación demasiado mecánica de los criterios de distinción entre dominios público y privado, sea para reducir la esfera del dominio público, sea para ampliarlo.

Las correcciones salen de los textos legislativos o de la jurisprudencia. Por lo que se refiere a las rectificaciones legislativas, el legislador puede mover del dominio público al dominio privado elementos que responden a los criterios jurisprudenciales del dominio público, o puede declarar la cualidad de elemento del dominio privado de los bienes con un estatuto dudoso. Por ejemplo, el Código proclama que las reservas de tierras hacen parte del dominio privado (art. L. 2211-1), como las vías rurales o los bosques públicos (art. L. 2212-1). De la mis-

<sup>24</sup> BACHELIER 2013, 960 ; FATÔME 2013, 965.

ma manera el artículo L. 2211-2, ap. 2, del Código sitúa el inmobiliario de oficina de las personas públicas dentro del dominio privado, a condición que “los bienes formen un conjunto indivisible con los bienes inmobiliarios perteneciendo al dominio público” (pero la noción de inmueble de uso de oficinas no es muy clara).

a) *La teoría de la “domanialidad virtual”*. La voluntad puede también consistir en aumentar el alcance del dominio público. Es decir que la noción de dominio público demuestra una elasticidad notable durante las últimas décadas. Normalmente, hasta que la asignación o el acondicionamiento no sean realizados, el bien no pertenece al dominio público<sup>25</sup>. Sin embargo, a partir de la mitad de los años 1980, las jurisdicciones contencioso-administrativas francesas ampliaron los principios del dominio de las personas públicas hacia los inmuebles no todavía asignados y acondicionados pero destinados a estarlo de manera segura. Es el origen de lo que se denomina la “domanialidad pública virtual” o, más precisamente, la “domanialidad pública anticipada”. En adelante, la jurisprudencia del Consejo de Estado establece entonces una distinción cronológica o temporal según el contencioso apareció anteriormente a 2006, es decir antes de la entrada en vigor del Código, o posteriormente y la teoría de la “domanialidad pública virtual” puede aplicarse solo en caso de desacuerdo nacido antes de 2006<sup>26</sup>.

En realidad, esa teoría apareció desde una sentencia del Tribunal de los conflictos pero conoció fama con la sentencia *Eurolat* del Consejo de Estado de 1985<sup>27</sup>. Pretendió impedir la realización de ensamblajes contrarios con los principios del derecho público antes la incorporación de inmuebles en el dominio público. Sin embargo, esa teoría sufrió muchas críticas porque introdujo un factor de inseguridad para los expertos, sobre todo porque en la práctica, el momento en el cual los principios del dominio público empezaban a funcionar no era bien identificado<sup>28</sup>.

b) *Las teorías de la “domanialidad pública por accesorio” y de la “domanialidad pública global”*. Según otra teoría, denominada “domanialidad pública por accesorio”, es decir por anexo o auxiliar, elementos que normalmente no pertenecen al dominio público, por no respetar los criterios ya mencionados, pueden estar incorporados si constituyen accesorios de bienes del dominio público.

Esa integración de rebote pudo, antes de la entrada en vigor del Código general, ser la consecuencia del carácter inseparable (vínculo

<sup>25</sup> Tribunal des conflits, 17 enero de 1979, *Payan*, JCP, 1980, p. 19453.

<sup>26</sup> CE, 8 de abril de 2013, *Association ATLALR*.

<sup>27</sup> CE, 6 de mayo de 1985, *Association Eurolat*, *Recueil*, p. 141.

<sup>28</sup> Sin embargo sigue conociendo unos promotores: YOLKA 2010.

físico), o del carácter de utilidad (vínculo funcional). Esas dos relaciones fueron acumulables pero una sola era suficiente para provocar la incorporación en el dominio público<sup>29</sup>.

Ahora, es el artículo L. 2111-2 del Código general el que establece que los “bienes de las personas públicas (...) que, contribuyendo al uso de un bien perteneciendo al dominio público, constituyen un accesorio inseparable” de este dominio. Es decir que el papel del accesorio se endurece: antes, un vínculo físico o de utilidad bastaba para la incorporación; ahora, los dos elementos (físico y funcional) funcionan en un modo cumulativo.

Y eso conduce a preguntarse cuál será el porvenir de la “domanialidad pública global”<sup>30</sup> que fue el relevo de la teoría del accesorio. Su efecto es igualmente el de aumentar el ámbito de aplicación de la domanialidad pública. En este caso, la jurisprudencia amplía la domanialidad pública, integrando en el dominio público la totalidad de una obra pública, incluso para sus partes no asignadas al uso del público o a un servicio público porque considera que constituye un conjunto funcional por el que el régimen jurídico tiene que ser coherente. Por ejemplo, un alojamiento en el edificio de una escuela<sup>31</sup>, o el alojamiento profesional de un director de un hospital<sup>32</sup>. Los autores del Código no estiman que esa teoría va a desaparecer<sup>33</sup>.

## 2. La resistencia del dominio público

La distinción del dominio público y del dominio privado presenta una peculiaridad relevante: sigue siendo muy discutida. Las principales críticas consisten, primero, en que la distinción entre bienes públicos según su asignación, o ausencia de asignación, para el interés general aparece discutible: siempre que un bien pertenece a una persona pública, no puede ser considerado como totalmente ajeno al interés general y aun el dominio privado responde, en larga medida, a una función de interés general; máxime si pensamos en la aplicación práctica de la distinción: según los criterios jurisprudenciales, los bienes asignados a un servicio público pero que no comportan un acondicionamiento imprescindible, responden a una preocupación de interés general pero no pueden pertenecer al dominio público. Segunda crítica: en el tema del régimen jurídico, notamos que finalmente, reproduciendo la teoría de Léon Duguit a propósito de una “escalera de domanialidad”, las diferencias no son determinantes entre la categoría menos exorbitante del dominio públi-

<sup>29</sup> CE, 28 de diciembre de 2009, *Société Brasserie du Théâtre*, *BJCP*, 2010, p. 125.

<sup>30</sup> MELLERAY 2011, 231.

<sup>31</sup> CAA Bordeaux, 20 de febrero de 1995, *Ollier*, n° 94BX01284.

<sup>32</sup> CAA Marseille, 28 de diciembre de 1998, *Pelletier*, n° 98MA00296.

<sup>33</sup> MAUGÜÉ, 2006 *JCP N*, 1337.

co y la que es más exorbitante del dominio privado<sup>34</sup>. Tercera crítica: esta distinción no es exhaustiva porque derechos incorpóreos y fondos públicos no caben dentro ella.

Finalmente, la distinción dominio público-dominio privado permanece contra vientos y mareas. El Código lo demuestra cuando reproduce y fortalece esa división. Los temas de las clases de derecho en las Facultades igualmente: toda formación de derecho público supone la enseñanza de lo que se denomina en Francia, en la mayoría de los casos, "derecho administrativo de los bienes". Asimismo, la práctica de los especialistas del derecho, abogados o magistrados de lo contencioso-administrativo, impone también el conocimiento de esta área puesto que el derecho de los bienes públicos inunde todas las ramas del derecho público y desempeña un rol transversal en el derecho de la licitación pública (o del pedido público), elemento que crece mucho desde las dos últimas décadas en la práctica de la vida administrativa y ocupa hoy un lugar muy destacado e indiscutible.

La sobrevivencia de la distinción y el mantenimiento de su importancia se explican por su capacidad de ajuste dada su flexibilidad. Además de las evoluciones ya mencionadas, admitió y se adaptó a la aparición de nuevas ideas a propósito del papel de la administración con respecto al dominio. La concepción tradicional asignaba a la administración la conservación de los bienes y el mantenimiento del orden público, es decir una función de policía. Esa misión sigue siendo válida pero ahora es solo uno de los aspectos de la función patrimonial de las personas públicas. Además, el dominio se convirtió en un medio para la intervención del Estado. Otra transformación consiste en que ya no aparece como algo improductivo, sino potencialmente como una fuente de beneficios. Así apareció una función patrimonial del dominio público que, hoy en día, es una preocupación prioritaria de los gestores del dominio público a través de la cuestión de su valorización. Es especialmente notable en la medida en que el derecho del dominio público es también víctima de unos movimientos o evoluciones de fondo que podrían deteriorar la distinción que lo funda: la influencia del derecho comunitario y el proceso de constitucionalización (que funciona por parte solo para el dominio público pero interesa todas las propiedades públicas) corren también por él.

Además, externalización y política de cesión deben ser entendidas como la traducción de un afán de valorización de los bienes públicos, muy actual. Las grandes orientaciones de esta política aparecen resumidas en una circular del Primer Ministro del 28 de febrero de 2007<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> MELLERAY 2004, 287.

<sup>35</sup> JORF, 3 de marzo de 2007.

La *summa divisio*, que se fundaba durante el siglo XIX en una distinción entre “dominio de propiedad” (el dominio privado) y “dominio de poder público”, goza de una gran flexibilidad que le permitió perdurar en un marco intelectual totalmente distinto, resistiendo la generalización de un análisis “propietarista” de los bienes administrativos y resistiendo igualmente la intromisión de la comercialidad dentro de las propiedades públicas.

Los principios de la propiedad pública son históricamente relacionados con la personalidad pública. Ahora bien, el periodo contemporáneo es caracterizado por la difusión de algunos elementos del régimen del dominio público fuera de su esfera original: los bienes de ciertas personas privadas se encuentran sometidos a diversos principios que parecen como una “propiedad pública bis”. Así, a modo de ilustración, podemos mencionar la ley n° 2010-123 del 9 de febrero de 2010<sup>36</sup>, relativa a la empresa pública La Poste encargada del correo y de las actividades postales, que convierte La Poste en sociedad anónima es decir en persona moral privada; sin embargo, al mismo tiempo, esa ley mantiene un sistema de oposición a cesión a través de una decisión ministerial. Pero, las ilustraciones son numerosas y podríamos aludir a la situación de las colecciones privadas de los “Musées de France” por ejemplo.

Entonces parece que el régimen es vinculado con la noción, es decir puesto que el servicio público pasa a estar gestionado por personas privadas, las garantías asociadas a la “etiqueta servicio público” siguen la actividad, cual que sea la naturaleza jurídica del gestor. Y esa problemática es muy de moda ahora mismo: el éxito de los acuerdos de asociación entre el sector público y el privado produce una tendencia segura a favor de la apropiación privada de los equipamientos públicos. La expansión de la categoría “bienes privados de interés público” podría provocar una proliferación de regímenes “para-públicos” en materia de propiedad. Entonces de nuevo una transformación a la cual debe enfrentarse la domanialidad pública.

### Bibliografía citada

- BACHELIER, Gilles (2013): «Spécial, indispensable, global, virtuel: trop d'adjectifs pour le domaine public immobilier?», en: *AJDA*, p. 960.
- BON Pierre, AUBY Jean-Marie, AUBY Jean-Bernard et TERNEYRE Philippe (2011): *Droit administratif des biens* (Paris, Dalloz), 6e éd.
- BOUSSARD Sabine et LE BERRE Christophe (2014): *Droit administratif des biens*, LGDJ.
- CAILLOSSE, Jean (2008): «Le “droit administratif des biens” constitue-t-il un champ juridique spécifique?», en: *Etudes offertes au professeur René Hostiou*, p. 237.
- CHAMARD-HEIM Caroline, MELLERAY Fabrice, NOGUELLOU Rozen et YOLKA Philippe (2013): *Les grandes décisions du droit administratif des biens* (Paris, Dalloz).

<sup>36</sup> Ley n° 2010-123 de 9 febrero 2010.



- CONSEIL D'ETAT (2012): La valorisation économique des propriétés des personnes publiques, La Documentation française.
- CONSEJO DE ESTADO (1987), *Réflexions sur l'orientation du droit de propriétés publiques*, en: Etudes et documents du Conseil d'Etat, p. 13.
- COUR DES COMPTES (2013): *L'immobilier des collectivités territoriales: vers une gestion plus dynamique* (Rapport public, La Documentation française).
- DE DAVID BEAUREGARD-BERTHIER Odile (2013): *Droit administratif des biens* (Francia, Gualino) 9e éd.
- DELIANCOURT Samuel (2012): *Droit domanial*, éd. du Papyrus.
- FATÔME, Etienne (2013): «La consistance du domaine public immobilier général sept ans après le CGPPP», en: *AJDA*, p. 965.
- \_\_\_\_ (2003), «A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public», en: *AJDA*, p. 1192.
- FOULQUIER, Norbert (2013): *Droit administratif des biens* (LexisNexis), 2e éd.
- GAUDEMET, Yves (2007): «Du domaine de la Couronne au domaine public. Histoire des doctrines», en: *Mélanges Lachaume* (Paris, Dalloz), p. 526.
- GAUDEMET Yves (2014): *Droit administratif des biens*, LGDJ, 15e éd.
- GOUTAL Yvon, BANEL Sophie, WURSTHORN Isabelle, BERNARDI Eve-Line (2013): La valorisation du patrimoine public, Lamy.
- LAVIALLE, Christian (2010): «Que reste-t-il de la jurisprudence Société Le Béton?», *RFDA*, p. 533 ; AUBY, Jean-Marie (1963): «Le problème de la domanialité publique des immeubles affectés à un service public», en: *Mélanges Laborde-Lacoste*, p. 11.
- \_\_\_\_ (2008): «Remarques sur la définition législative du domaine public», en: *Revue française de droit administratif (RFDA)*, p. 491.
- MAUGUÉ, Christine et BACHELIER, Gilles (2006): «Genèse et présentation du Code général de la propriété des personnes publiques», en: *Actualité juridique du droit administratif (AJDA)*, p. 1073.
- MAUGUÉ, Christine (2006): «Frontières de la domanialité publique», en: *JCP A (Semaine juridique Edition Administration)*, 1245.
- \_\_\_\_ (2006): «Frontières de la domanialité publique», en: *JCP N*, 1337.
- MELLERAY, Fabrice (2004): «La recherche d'un critère réducteur de la domanialité publique», en: *AJDA*, p. 400.
- \_\_\_\_ (2004): «L'échelle de la domanialité», en: *Mélanges Moderne*, p. 287.
- \_\_\_\_ (2011): «De quelques incertitudes relatives à la "théorie" de la domanialité publique globale», en: *Mélanges E. Fatôme*, p. 231.
- MORAND-DEVILLERS, Jacqueline (2012): *Cours de droit administratif des biens* (Montchrestien), 7e éd.
- VERPEAUX, Michel (1984): «Proudhon et la théorie du domaine public», *109<sup>ème</sup> Congrès des Sociétés savantes*, Dijon.
- YOLKA, Philippe (2009): «L'accès des personnes publiques à la copropriété», en: *Revue Droit et patrimoine*, p. 80.
- \_\_\_\_ (2010): «Faut-il réellement abandonner la domanialité publique virtuelle?», en: *JCP A*, n° 8, comm. 2073.

#### Normativa citada

Ley n° 2010-123 de 9 febrero 2010 relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales.

Ordenanza n° 2006-460 del 21 de abril de 2006.

#### Jurisprudencia citada

Consejo Constitucional, decisión n° 86-207 DC du 26 juin 1986, *Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, JORF 27 juin 1986, p. 7978.

- Consejo Constitucional, decisión n° 2010-67/86 QPC du 17 décembre 2010, *Région Centre et région Poitou-Charentes*, JORF 19 décembre 2010, p. 22373.
- Consejo de Estado: CE, 28 de junio de 1935, *Marécar*, Recueil, p. 734.
- Consejo de Estado: CE, 30 de octubre de 1953, *SNCF*, Recueil, p. 463.
- Consejo de Estado: CE, 19 de octubre de 1956, *Société Le Béton*, Recueil, p. 373.
- Consejo de Estado: CE, 25 de enero de 2006, *Commune de la Souche*, *Revue Droit administratif* 2006, n° 42.
- Consejo de Estado: CE, 23 de octubre de 1998, *Electricité de France*.
- Consejo de Estado: CE, 28 de agosto de 1935, *Marécar*, préc.
- Consejo de Estado: CE, 27 de mayo de 1964, *Chervet*, Recueil p. 300.
- Consejo de Estado: CE, 11 de febrero de 1994, *Compagnie d'assurance Préservatrice foncière*, Recueil, p. 65.
- Consejo de Estado: CE 5 de febrero de 1965, *Société lyonnaise de transports*, *Revue du Droit public*, 1965, 493.
- Consejo de Estado: CE, 11 de mayo 1959, *Dauphin*, AJDA 1959, p. 228.
- Consejo de Estado: CE, 6 de mayo de 1963, *Ville de Saint-Ouen*, *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz (CJEG)*, 1964, p. 551.
- Consejo de Estado: CE, 8 de abril de 2013, *Association ATLALR*.
- Consejo de Estado: CE, 6 de mayo de 1985, *Association Eurolat*, Recueil p. 141.
- Consejo de Estado: CE, 28 de diciembre de 2009, *Société Brasserie du Théâtre*, *BJCP*, 2010, p. 125.
- Cass. civ., 7 noviembre 1952.
- CAA Bordeaux, 20 de febrero de 1995, *Ollier*, n° 94BX01284.
- CAA Marseille, 28 de diciembre de 1998, *Pelletier*, n° 98MA00296. *JORF*, 3 de marzo de 2007.
- Tribunal des conflits, 10 de julio de 1955, *Société des Steeple Chase de France*.
- Tribunal des conflits, 17 enero de 1979, *Payan*, *JCP*, 1980, p. 19453.