

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Los enclaves de propiedad privada en zona marítimo-terrestre y la disposición transitoria primera, números 1 y 2, de la Ley de Costas de 1988 (*)

Por NIEVES FENOY PICON

Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—1. *Los supuestos de hecho contemplados en la Disposición Transitoria Primera, números 1 y 2.*—2. *La existencia de propiedad privada en zona marítimo-terrestre como cuestión.*—II. SITUACION DE LA QUE PARTE LA LEY DE COSTAS DE 1988.—1. *La jurisprudencia del Tribunal Supremo:*—1.1. *Cuestiones previas.*—1.2. *Supuestos de reconocimiento de propiedad privada por el Tribunal Supremo.*—1.3. *Significado que la jurisprudencia atribuye a la inscripción en el Registro de la Propiedad.*—2. *Análisis de los criterios jurisprudenciales:*—2.1. *La desafectación como causa determinante de la existencia del enclave.*—2.2. *Los enclaves históricos.*—2.2.1. *El origen de la declaración de demanialidad.*—2.2.2. *La consideración de la zona marítimo-terrestre en el Derecho histórico español.*—III. EL ARTICULO 132 DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978.—1. *Posibles interpretaciones del artículo 132.2 de la Constitución.*—2. *Interpretación jurisprudencial del artículo 132.2 de la Constitución Española.*—3. *Interpretación doctrinal del artículo 132.2 de la Constitución.*—IV. ANALISIS DE LA DISPOSICION TRANSITORIA PRIMERA, NUMEROS 1 Y 2, DE LA LEY DE COSTAS DE 1988.—1. *Interpretación del artículo 132.2 de la Constitución acogida en la Disposición Transitoria primera, números 1 y 2, de la Ley de Costas de 1988:*—1.1. *El tenor literal.*—1.2. *Exposición de Motivos.*—2. *La constitucionalidad de la Disposición Transitoria primera, números 1 y 2, de la Ley de Costas de 1988.*—2.1. *Retroactividad y respeto debido al derecho de propiedad.*—2.2. *Constitucionalidad de la transformación del derecho de propiedad reconocido por sentencia judicial firme en concesión de aprovechamiento.*

(*) Agradezco a Angel Menéndez Rexach el estímulo que me ha dado para la publicación de este trabajo.

I. INTRODUCCION (1)

La posible existencia de propiedad privada en el litoral español, antes de la Constitución Española de 1978, ha sido negada por un importante sector doctrinal (2). A pesar de ello, existen sentencias del Tribunal Supremo que reconocen propiedad privada en el mismo (3). Tras la promulgación de la Constitución ello no es posible, porque el artículo 132.2 declara que la zona marítimo-terrestre y las playas son bienes de dominio público «en todo caso». La nueva Ley de Costas de 28 de julio de 1988 (4), desarrollando este precepto constitu-

(1) Abreviaturas utilizadas. ADC: Anuario de Derecho civil. CCJC: Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil. RAP: Revista de Administración Pública. REDA: Revista Española de Derecho Administrativo.

(2) La cuestión de la existencia de propiedad privada en zona marítimo-terrestre o playa ha sido muy discutida por la doctrina desde 1965 hasta 1975, siendo objeto de diversos estudios monográficos en diversas revistas. Tras esa fecha, y a pesar de la promulgación de la Constitución, ha habido un menor número, aunque también de indudable interés. Para bibliografía ver la citada por SÁINZ MORENO, F., *Dominio público estatal de las playas y zona marítimo-terrestre. (Art. 132.2 de la Constitución)*, «RAP» 1982, núm. 99, pp. 201-242. Además, DIEZ-PICAZO, L., *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. II, Madrid 1969, pp. 28-40. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *CCJC* núm. 6, 1984, pp. 2.037-2.052. CARRASCO PERERA, A., *CCJC* núm. 9, 1985, pp. 2.821-2.833. DE ANGEL, R., *La Ley*, 15 de noviembre de 1985. GUAITA, A., *Derecho Administrativo. Aguas, montes, minas*, 2.ª edición, Madrid 1986, pp. 50-56. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, J. F., *CCJC* núm. 14, 1987 pp. 4.677-4.690 y *CCJC*, núm. 17, 1988, pp. 667-682. MEILAN GIL, J. L., *El concepto de dominio público marítimo terrestre en el Proyecto de Ley de Costas*, «REDA» 1988, núm. 59, pp. 361-391.

Los autores que no admiten propiedad privada en zona marítimo-terrestre señalan que el Derecho histórico español ha reconocido siempre el carácter demanial de la ribera del mar y que, en el mismo sentido, se deben interpretar las posteriores leyes. Frente a ello, los autores que admiten esa posibilidad plantean sus dudas acerca de que en el Derecho histórico español no hubiera excepciones a la demanialidad del litoral marítimo afirmando que el derecho vigente (*antes de la Ley de Costas de 1988*) claramente admite existencia de propiedad privada en el litoral español.

(3) SÁINZ MORENO, F., (en *RAP* 1982, núm. 99, pp. 205-223) hace un estudio jurisprudencial desde 1973 hasta 1982, citando las siguientes sentencias del Tribunal Supremo que reconocen propiedad privada en zona marítimo-terrestre: 2 de febrero de 1974 (comentada también por LEGUINA VILLA, J., *La defensa del uso público de la zona marítimo-terrestre*, «REDA» 1974, núm. 2, pp. 185-214), 14 de noviembre de 1977, 13 de octubre de 1981 (comentada también por MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *¿Propiedad privada de playas y zona marítimo-terrestre?*, «REDA» 1982, núm. 34, pp. 517-528).

Posteriormente, han resuelto sobre la cuestión de propiedad privada en zona marítimo-terrestre las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: 11 de junio, 15 de septiembre, 9 de noviembre de 1984 (comentada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *CCJC* núm. 6, 1984); 11 de junio (comentada por CARRASCO PERERA, A., *CCJC* núm. 9, 1985, englobando en dicho comentario las dos siguientes sentencias; también DE ANGEL, *La Ley*, 15 de noviembre de 1985), 17 de junio, 4 de julio de 1985; 26 de abril, 22 de julio, 6 de octubre, 14 de octubre, 10 de noviembre de 1986; 17 de junio (comentada por JIMÉNEZ DE CISNEROS, *CCJC* núm. 14, 1987), 25 de junio, 12 de diciembre de 1987; 6 de julio de 1988 (comentada por JIMÉNEZ DE CISNEROS, *CCJC* núm. 17, 1988).

Entre ellas han reconocido propiedad privada o un dominio «degradado» o derecho real «atípico» sin limitación temporal: SS del TS 11 de junio de 1984, 17 de junio de 1987, 6 de julio de 1988.

(4) Ley de 22/88, de 28 de julio, de Costas, «BOE» núm. 181, de 29 de julio de 1988.

cional, establece que esos bienes son dominio público, que no existe ninguna propiedad más que la demanial del Estado (art. 9), sin que valga ninguna detentación privada por prolongada que sea en el tiempo y aunque se encuentre amparada por el Registro de la Propiedad (art. 8). También establece la adaptación de las situaciones anteriores al nuevo régimen diseñado, a través de una serie de disposiciones transitorias.

Nuestro propósito es analizar la Disposición Transitoria Primera, en sus números 1 y 2.

1. Los supuestos de hecho contemplados en la Disposición Transitoria Primera, números 1 y 2

La Disposición Transitoria Primera, números 1 y 2, contempla dos supuestos diferentes.

El apartado primero (5) se refiere a aquellos particulares cuya propiedad privada en zona marítimo-terrestre ha sido reconocida por sentencia judicial firme, anterior a la entrada en vigor de la nueva ley. Su derecho de propiedad se transforma en un derecho de ocupación y aprovechamiento, para lo cual tienen que solicitar, en el plazo de un año, contado a partir de la entrada en vigor de la Ley de Costas, la correspondiente concesión. Concesión que se otorgará por treinta años prorrogables por otros treinta.

El apartado segundo (6) se refiere a aquellos terrenos situados en zona marítimo-terrestre o playa que no hubieran podido ser ocupados por la Administración al realizar su deslinde, porque sus titulares estaban amparados por los títulos indicados en el artículo 6.3 de la

(5) 1. «En virtud de lo dispuesto en artículo 132.2 de la Constitución, los titulares de espacios de la zona marítimo-terrestre, playa y mar territorial que hubieran sido declarados de propiedad particular por sentencia judicial firme anterior a la entrada en vigor de la presente Ley pasarán a ser titulares de un derecho de ocupación y aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre, a cuyo efecto deberán solicitar la correspondiente concesión en el plazo de un año a contar desde la mencionada fecha. La concesión se otorgará por treinta años, prorrogables por otros treinta, respetando los usos y aprovechamientos existentes, sin obligación de abonar canon, y se inscribirá en el Registro a que se refiere el artículo 37.3.»

(6) 2. «Los terrenos de la zona marítimo-terrestre o playa que no hayan podido ser ocupados por la Administración al practicar un deslinde anterior a la entrada en vigor de esta Ley, por estar amparados por los títulos a que se refiere el artículo 6.3 de la Ley de Costas de 26 de abril de 1969, quedarán sujetos al régimen establecido en la presente Ley para la utilización del dominio público, si bien los titulares inscritos podrán solicitar, en el plazo de un año, a contar desde la entrada en vigor de esta Ley, la legalización de usos existentes, mediante la correspondiente concesión, en los términos de la disposición transitoria cuarta. Asimismo, tendrán preferencia, durante un período de diez años, para la obtención de los derechos de ocupación o aprovechamiento que, en su caso, puedan otorgarse sobre dichos terrenos. Todo ello sin perjuicio de las acciones civiles que aquellos puedan ejercitar en defensa de sus derechos.»

anterior Ley de Costas, es decir, por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (7); sin perjuicio de que la Administración ejercitase las acciones judiciales pertinentes. Este ejercicio era al parecer obligado, de conformidad con la Disposición Transitoria Segunda de la anterior Ley de Costas (8).

Estos supuestos del apartado segundo quedan sujetos al régimen general establecido para la utilización del dominio público en la nueva Ley de Costas, si bien se puede solicitar, en el plazo de un año a contar de su entrada en vigor, la legalización de los usos existentes, mediante la correspondiente concesión en los términos de la disposición transitoria cuarta. También tienen preferencia durante un período de diez años para la obtención de los derechos de ocupación o aprovechamiento que en su caso puedan otorgarse. Y todo ello sin perjuicio de las acciones que puedan ejercitar los particulares en defensa de sus derechos.

En conclusión, la Disposición Transitoria Primera, números 1 y 2, hace referencia a los supuestos siguientes: 1. titulares de propiedad privada reconocida por sentencia judicial firme, y, 2. poseedores de terrenos en zona marítimo-terrestre o playa protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

2. La existencia de propiedad privada en zona marítimo-terrestre como cuestión

El hecho de que la Disposición Transitoria Primera, números 1 y 2, haga referencia a esos dos supuestos parece dar a entender que con la anterior legislación era posible la existencia de propiedad privada en zona marítimo-terrestre (de hecho como ya se ha indicado, una dirección jurisprudencial y otra doctrinal han ido en ese sentido) (9). Ahora bien, si en el régimen que tradicionalmente se asocia a los bienes de dominio público (10), mientras lo son, no cabe por

(7) Artículo 6.3 de la Ley de Costas de 1969 (Ley 28/1969, de 26 de abril): «La resolución que dicte el Ministerio de Obras Públicas será ejecutiva. La atribución de posesión, consecuencia del deslinde, no podrá realizarse respecto a las fincas o derechos amparados por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, aunque sin perjuicio de la facultad de la Administración para ejercitar las acciones judiciales pertinentes».

(8) Disposición transitoria segunda: «Aprobado el deslinde, la Administración deberá ejercitar las acciones reivindicatorias que procedan respecto a los bienes de dominio público».

Si la Administración no ejercitare tales acciones podrá ser requerida al efecto por las Corporaciones Locales interesadas, y si no lo efectuare en el plazo de seis meses, dichas Corporaciones podrán subrogarse y ejercitarlas en nombre e interés de aquélla (...).

(9) Vid. notas núms. 2 y 3.

(10) Los bienes de dominio público son bienes situados fuera del comercio (art. 1936 Cc., a contrario sensu) y en consecuencia inalienables, imprescriptibles e inembargables. La Administración cuenta con determinadas prerrogativas para hacer efectivo ese régimen jurídico: el reintegro posesorio y el deslinde. GARRIDO FALLA, F., *Comenta-*

definición su apropiación por particulares, ¿cómo ha sido posible que una directriz jurisprudencial haya declarado la existencia de propiedad privada en zona marítimo-terrestre?, ¿cuáles son sus argumentos justificativos?

II. SITUACION DE LA QUE PARTE LA LEY DE COSTAS DE 1988

1. La jurisprudencia del Tribunal Supremo

Comencemos analizando la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha reconocido propiedad privada.

1.1. Cuestiones previas

Antes de entrar en el estudio de los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo conviene hacer algunas observaciones previas que nos ayuden a valorar el verdadero alcance de la jurisprudencia.

La primera observación consiste en señalar, brevemente, cómo suele plantearse el conflicto. En general surge del modo siguiente. La Administración realiza el deslinde de un determinado tramo de zona marítimo-terrestre. El particular alega en su defensa que el terreno deslindado se encuentra inscrito a su nombre en el Registro de la Propiedad. Como consecuencia, la Administración no puede entrar en la posesión del terreno deslindando (recuérdese el art. 6.3 LC de 1969, citado en nota núm.7). Posteriormente el Abogado del Estado interpone acción declarativa de dominio o reivindicatoria, al mismo tiempo que pide la cancelación de las inscripciones que favorecen al particular.

En segundo lugar, hay también que tener en cuenta, para valorar correctamente la doctrina jurisprudencial, que la zona marítimo-terrestre y playas son terrenos que sufren con relativa frecuencia alteraciones o mutaciones geológicas. Es, tras esos cambios de configuración, donde surgen las numerosas cuestiones jurídicas que se perciben en la jurisprudencia. Así, por ejemplo, una vez se discute sobre la calificación jurídica de aterramientos producidos, bien por el mar (11), bien por un muro de contención (12); otras veces es sobre

rios al Código civil y Compilaciones forales, dirigidos por M. Albadalejo, tomo V, vol. 1, Madrid 1980, pp. 48 y ss., *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, 8.^a ed., Madrid, 1987, pp. 348-403, y *Comentarios a la Constitución*, 2.^a ed. ampliada, Madrid, 1985, pp. 1936-1947. SÁINZ MORENO, F., *Comentarios a las Leyes políticas* dirigidos por O. Alzaga, tomo X, Madrid 1985, pp. 125-217.

(11) STS de 28 de noviembre de 1973, 19 de diciembre de 1977.

(12) STS de 23 de abril de 1976.

la calificación de terrenos que originariamente se encontraban fuera de la zona marítimo-terrestre, pasando posteriormente a integrarse dentro de ella (13) o, acerca de unos promontorios que son cubiertos por las mareas vivas equinociales, pero no por las mareas ordinarias (14); o se reivindican terrenos de la zona marítimo-terrestre ocupados por particulares a consecuencia de distintas concesiones otorgadas por la Administración (15). De ahí que ante cada sentencia, sea necesario determinar el caso planteado para valorar el alcance de las afirmaciones del Tribunal Supremo.

Por último, hay que destacar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no es uniforme (16).

1.2. *Supuestos de reconocimiento de propiedad privada por el Tribunal Supremo*

Las sentencias del Tribunal Supremo que reconocen propiedad privada en zona marítimo-terrestre o playa, y también muchas de las que no la reconocen, exigen para que la pretensión del particular prospere que se dé una de estas tres circunstancias: a) que se demuestre la desafectación de los bienes; b) que su alienabilidad haya sido autorizada; c) que el terreno hubiera pasado al dominio de los particulares antes de la Ley de Puertos de 1880 (17), pues entienden que el

(13) STS de 14 de noviembre de 1977: «en definitiva, que el terreno que inicialmente era de naturaleza privada, a causa de derechos legalmente adquiridos por particulares (...) y posteriormente pase a quedar comprendido en lo que pasa posteriormente a quedar integrado en zona marítimo-terrestre por la acción del mar (...) cual ha ocurrido en el presente caso, sigue manteniendo esa característica privada».

(14) STS de 2 de diciembre de 1976: «la mera circunstancia de que el terreno comprendido entre una y otra línea (las que delimitan la zona marítimo-terrestre) existan formaciones rocosas, arenosas o terrosas, que por la cota alcanzada no son cubiertas por el mar en esos movimientos u oleajes, pero que quedan rodeadas por éste de tal modo que al llegar el mar a esa línea interior no tienen acceso natural, no teniendo otro carácter que el de meras accesiones de la misma, o en todo caso pequeñas islas que serían de propiedad del Estado, no pueden quedar excluidas de integrar esa zona (...)». Comentada por ELIZALDE Y AYMERICH, *ADC* 1978, pp. 201-209.

(15) SS 11 de junio (comentada por CARRASCO PERERA, *CCJC*, núm. 6, 1985, y DE ANGEL, *La Ley* de 15 de noviembre de 1985; aunque ambos comentarios aluden al carácter demanial de la zona marítimo-terrestre, se centran, sin embargo, en el análisis del art. 361 Cc.), 17 de junio, 4 de julio de 1985; 22 de julio de 1986.

(16) Vid. nota núm. 17.

(17) Sin embargo, dos sentencias, al menos, no han seguido esa línea jurisprudencial. Son las SS del TS de 9 de noviembre de 1984 y 6 de julio de 1988. En ambos casos la adquisición del particular se remontaba a fechas anteriores a 1880: en uno a 1871, en otro a 1863. Niega el Tribunal Supremo que exista propiedad privada, pues la legislación vigente en ese momento no permitía la enajenación, además de que son bienes que no pueden ser desafectados. La primera sentencia es comentada por BERCOVITZ, R., *CCJC* núm. 6, 1984; la segunda por JIMÉNEZ DE CISNEROS, *CCJC* núm. 17. 1988.

origen de la demanialidad de la zona marítimo-terrestre se encuentra en esa Ley (18).

1.3. *Significado que la jurisprudencia atribuye a la inscripción en el Registro de la Propiedad*

Los particulares, además de intentar demostrar que cumplen alguno de los requisitos que acabamos de mencionar suelen utilizar en apoyo a su pretensión, el que figuren como titulares del terreno litigioso en el Registro de la Propiedad. Alegan en sus recursos infracción por violación de los artículos 1, 38 y 34 de la Ley Hipotecaria.

Frente a esas alegaciones, el Tribunal Supremo ha insistido reiteradamente que, según el artículo 5 del Reglamento Hipotecario (19), la zona marítimo-terrestre no tiene acceso al Registro de la Propiedad, de ahí que a la Administración no pueda perjudicarle el contenido de la inscripción. Tampoco ha admitido que la inscripción o la posesión sirva como título que justifique a los particulares la adquisición de propiedad. Por tanto, si el particular sólo cuenta con esos argumentos, el Tribunal Supremo declarará procedente la reivindicación del Estado (20).

(18) Recordemos que la Ley de Puertos de 1880 declaraba: artículo 1: «Son de dominio nacional y uso público, sin perjuicio de los derechos que correspondan a los particulares: 1. La zona marítimo-terrestre (...); artículo 7: «Los terrenos de propiedad particular colindantes con el mar o enclavados en la zona marítimo-terrestre están sometidos a las servidumbres (...).» La Ley de Puertos de 1928 (arts. 1 y 7) disponía lo mismo que la Ley de Puertos de 1880. Ley de Costas de 1969: artículo 1: «Son bienes de dominio público sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos: 1. Las playas (...) 2. La zona marítimo-terrestre (...); artículo 4: «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 la servidumbre (...).»

(19) Artículo redactado conforme al D. 393/1.959, de 17 de marzo («BOE», núm. 72, de 25 de marzo).

(20) En el mismo sentido CLAVERO AREVALO, M., *La inalienabilidad del dominio público*, Sevilla, 1958, pp. 124-130.; FORNESA RIBO, R., *Eficacia del título hipotecario sobre parcelas de zona marítimo-terrestre. Especial referencia a los terrenos ganados al mar*, «RAP» 1965, pp. 123-145. En contra, admitiendo que los principios registrales afectan a los bienes de dominio público, al entender que el artículo 5 del Reglamento hipotecario establece una dispensa y no una prohibición, aunque matice esa afirmación en base al principio de ostentabilidad de los bienes de dominio público, PAREJO GAMI, R., *Protección registral y dominio público*, Madrid, 1975.

CONDE CONDE, M., (en *El pretendido uso de las playas y zona marítimo-terrestre de propiedad particular*, «RAP» 1974, núm. 73, pp. 429-453) sostiene que si sólo existiera el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no se plantearía problema porque no funcionaría, debido al artículo 5 del Reglamento Hipotecario. Sin embargo, la legislación especial (Ley de Costas de 1969, arts. 1 y 6) dispone lo contrario: el artículo 34 de la Ley Hipotecaria tiene de esta forma eficacia (pp. 437-438).

2. Análisis de los criterios jurisprudenciales

Procedamos ahora a hacer una valoración de cada uno de los supuestos de reconocimiento de propiedad privada que admite el Tribunal Supremo.

2.1. *La desafectación como causa determinante de la existencia del enclave*

El criterio de la desafectación del bien (21) no plantea, en principio, problema. El particular tiene que demostrar que efectivamente se produjo la misma (bien porque una ley así lo declaró, bien porque el terreno concreto sufriera un cambio en sus características naturales, no encajando ya, dentro de la categoría demanial) (22).

2.2. *Los enclaves históricos*

Mayor problema plantea el criterio de que la adquisición de zona marítimo-terrestre fue anterior a 1880. El Tribunal Supremo suele afirmar, como se ha indicado, que fue la Ley de Puertos de 1880 la que declaró por primera vez a la zona marítimo-terrestre bien de dominio público.

La consideración de este argumento a favor de la existencia de propiedad privada da lugar a algunas preguntas. En el Derecho histórico español ¿se admitía la existencia de propiedad privada en zona

(21) La zona marítimo-terrestre y playas se encuentran en lo que se denomina dominio público por «naturaleza». El término no se debe entender en el sentido de que son bienes que de por sí son dominio público, sino en el de que son más adecuados para ser calificados de demaniales. El verdadero criterio determinante es el de la «afectación» (art. 339 Cc.). En esta categoría de bienes la afectación no se produce por medio de actos expresos de la Administración, sino a través de una ley que califica, con carácter general. Habrá que comprobar si el bien encaja o no en la definición legal. La desafectación es el acto contrario a la afectación. Provoca la salida del bien del régimen de dominio público.

(22) En la STS de 17 de junio de 1987, el Abogado del Estado reivindica unos terrenos de la zona marítimo-terrestre al Ayuntamiento de Jávea y otros particulares. Los terrenos habían sido objeto de una Ley singular de 22 de julio de 1935 que cedía al Ayuntamiento su utilización permanente y gratuita. El Tribunal Supremo declara que esa Ley ha producido una desafectación, confiriendo al Ayuntamiento «una atribución real sobre bienes concretos erga omnes, muy cercano al pleno dominio, ya que no cabría reversión y que por ello pudo tener acceso al Registro de la Propiedad». Sentencia comentada por JIMÉNEZ DE CISNEROS, quien entiende que no hay desafectación «en el sentido definido por la doctrina como cambio de destino efectuado por ley o acto expreso, sino que en realidad hay una transformación de la condición física del bien por la ejecución de obras públicas, que le hacen perder su originaria calificación de dominio público» (CCJC núm. 14, 1987, p. 4.686). La cesión efectuada es una «concesión a perpetuidad, gratuita, del dominio público con transmisión de la propiedad, por la realización de una obra pública» (p. 4.688).

marítimo-terrestre? Qué Ley es la que atribuye a dicha zona la demanialidad, ¿la Ley de Puertos de 1880 o la Ley de Aguas de 1866? Comencemos por la segunda cuestión.

2.2.1. El origen de la declaración de demanialidad

La segunda cuestión es una matización a la primera. Supone determinar la fecha exacta a partir de la cual es clara la no admisión de propiedad privada en el litoral español (salvo en el supuesto de la desafectación). La respuesta posee gran importancia, como se podrá ver.

Probablemente, la verdadera fecha a tener en cuenta no sea la de 1880, sino la de 1866: la de la primera Ley de Aguas. Esta Ley declaró a las playas bienes de dominio público (el concepto de playa es lo que posteriormente pasó a denominarse zona marítimo terrestre) (23). Esa variación de unos quince años es relevante, porque con relativa frecuencia, los particulares alegan que sus adquisiciones se remontan a 1871, fecha anterior a la Ley de Puertos de 1880, pero posterior a la de la Ley de Aguas de 1866 (24).

(23) Artículo 10 de la Ley de Aguas de 1866: «Las playas del mar que comprenden todo el espacio que bañan las pleamares en el Océano y las mayores olas durante las tempestades en el Mediterráneo, pertenecen al dominio público nacional». Artículo 1 de la Ley de Puertos de 1880: «Son del dominio nacional (...): 1. la zona marítimo-terrestre, que es el espacio de las costas o fronteras marítimas del territorio español que baña el mar en su flujo y reflujo, en donde son sensibles las mareas, y las mayores olas en los temporales en donde no lo sean (...)».

Tanto MARTÍN-RETORTILLO (en *REDA* 1982, núm. 32, p. 524) como SÁINZ MORENO (en *RAP* 1982, núm. 99, p. 221), critican el que la jurisprudencia feche la posibilidad de adquirir propiedad particular en zona marítimo-terrestre en 1880, y no en 1866.

Para antecedentes y elaboración de la Ley de Aguas de 1866 véase MARTÍN-RETORTILLO, S., *La elaboración de la Ley de Aguas de 1866*, «RAP» 1960, núm. 32, pp. 11-54, y *La Ley de Aguas de 1866. (Antecedentes y elaboración)*, Madrid 1963.

(24) La STS de 25 de octubre de 1976 sí tuvo en cuenta a la Ley de Aguas de 1866. El demandado tenía inscrito el terreno litigioso en el Registro de la Propiedad, demostrando por medio de escrituras que la adquisición originaria se remontaba a 1871. El Tribunal Supremo señaló que según el artículo 299 de la Ley de Aguas de 1866, y posteriores leyes, estos bienes están «fuera del comercio de los hombres lo que les hace inalienables e imprescriptibles, normativa que rige mientras no se produzca su desafectación o cambio de destino (...), pero es lo cierto que de tal desafectación no existe la menor constancia (...) ni se contiene referencia alguna a ella en el título de dominio opuesto por el demandado (...) y los que son su antecedente hasta llegar a la de 28 de octubre de 1871». Al tomarse como punto de referencia la Ley de Aguas de 1866 y ser la adquisición originaria en 1871, el único criterio que se analizó fue el de la desafectación y no el de adquisición anterior a 1880.

2.2.2. La consideración de la zona marítimo-terrestre en el derecho histórico español

La primera cuestión (si antes de 1880 —realmente antes de 1866— nuestro Derecho admitía o no la posibilidad de enclaves privados en zona marítimo-terrestre) nos conduce a realizar un breve estudio histórico sobre el Derecho aplicable en aquel momento, que en este caso eran las Partidas (P. 3.28,3 y 4.) (25).

La Ley cuarta define qué se entiende por ribera del mar, estableciendo el uso común de la misma. La Ley tercera, tras señalar qué cosas son las que pertenecen comunalmente a todas las criaturas, declara que si en la ribera del mar se hallare edificio que sea de alguno, no se debe derribar ni usar, salvo con el otorgamiento del que lo hizo. Pero, si el edificio fuese derribado por el mar o se cayera, puede cualquiera hacer otro edificio sobre el mismo lugar.

Ese uso privativo que «embarga» el uso comunal ¿es propiedad privada? De la simple interpretación literal parece ser que no. Se permite construir, pero no apropiarse de la superficie sobre la que se edifica, pues si el edificio perece cualquiera puede edificar en el mismo lugar. El derecho que se reconoce en las Partidas a los particulares recuerda bastante a una concesión, sin plazo prefijado, pero con el límite de la destrucción del edificio.

La glosa de Gregorio López (26) señala que la posibilidad de edificar en la ribera del mar debe entenderse con tal de que el edificio haya sido construido lícitamente y con licencia del Príncipe «pues, sin ésta, no hubiera podido construirse ni adquirirse el dominio del mismo».

Interesa también conocer qué opinaba la doctrina del siglo XIX (tanto civilistas como administrativistas) sobre la posibilidad de propiedad

(25) P. 3.28,3: «Quales son las cosas que comunalmente pertenecen a todas las criaturas.

Las cosas que comunalmente pertenecen a todas las criaturas que bien en este mundo, son estas; el ayre e las aguas de la lluuia, e el mar, e su ribera. Ca qualquier criatura que biua, puede vsar de cada vna destas cosas, segun quel fuere menester. Eporende todo ome se puede aprouechar de la mar, e de su ribera, pescando, o nauagando, e faziendo y todas las cosas que entendiere que a su pro son. Empero si en la ribera de la mar fallare casa, o otro edificio qualquier, que sea de alguno, non lo deue derribar, nin vsar del en ninguna manera, sin otorgamiento del que lo fizo, o cuyo fuere; como quier que si lo derribasse la mar, o otri, o se cayesse el, que podria quienquier fazer de nueuo otro edificio en aquel mismo lugar».

P. 3.28,4: «Que cosas son aquellas que ome puede fazer en la ribera de la mar.

En la ribera de la mar todo ome puede fazer casa o cabaña a que se acoja cada que quisiere, e puede fazer otro edificio qualquier de que se aproueche, de manera que por el non se embargue el vso comunal de la gente: e puede labrar en la ribera galeas, e otros nauios qualquier; e enxugar y redes, e fazerlas de nueuo si quisiere; e en quanto y labrare, o estuuiere, non lo deue otro ninguno embargar, que non puede vsar, e aprouecharse de todas estas cosas, o de otras semejantes dellas, en la manera que sobre dicho es: e todo aquel lugar es llamado ribera de la mar quanto en tiempo del inuierno, o del verano».

(26) GREGORIO LÓPEZ en P. 3.28,3, glosa que sea de alguno.

privada en zona marítimo-terrestre. En el estudio de la doctrina conviene diferenciar dos períodos: antes y después de 1866.

Antes de 1866 parece que no se plantea directamente la doctrina la cuestión de la existencia de propiedad privada en la ribera del mar. Los autores se limitan a repetir lo establecido en las Partidas (27).

Con posterioridad a 1866, tras la Ley de Aguas, los autores no califican ya la ribera del mar de cosa común, como se denominaba en las Partidas (P. 3.28,3), sino de bien perteneciente al Estado, a quien también, le corresponde ahora conceder autorización para edificar. Por otro lado reconocen, con carácter excepcional, la posibilidad de propiedad privada en zona marítimo-terrestre o playa, aunque no se dice, sin embargo, cuáles son los modos posibles para adquirirla (28).

En conclusión, se puede afirmar que antes de 1866 no se cuestiona la doctrina si existe propiedad privada en zona marítimo-terrestre o playa. Se limita a recordar que según las Partidas existe posibilidad de edificar. Después de 1866, y más claramente desde 1880 (la Ley de Puertos de esa fecha sí habla de enclaves privados), la doctrina acepta su posibilidad sin indicar los modos de adquisición. Hay en ello un salto. De no men-

(27) SALA, *Ilustración del Derecho Real de España*, 3.^a ed., 1832, tomo I, p. 98: «ni podrá tampoco ninguno usar de estas obras ni derribarlas sin otorgamiento del que las hizo. Pero si las derribare el mar ú otro, ó se cayesen, bien podría cualquiera hacer otro edificio en el mismo lugar. Son pues del que edificó mientras se conservan, y no más, d. l.3.» COLMEIRO, *Derecho Administrativo Español*, vol. II, 1865, p. 7: «tampoco se puede edificar en la ribera de modo que se embargue el uso comunal de la gente (...); y por eso à nadie le es lícito construir en ella sin previa licencia de aquellas autoridades».

(28) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, tomo II, 2.^a ed., Madrid (1868, p. 21): «pero el Estado, que (...) es dueño (...), lo es todavía más de las costas; las playas (...) le pertenecen, à menos que no estén en el dominio particular, legítimamente adquirido (...). La edificación en la ribera del mar no es un acto libre. El Estado la concede perpétua o temporalmente por causas de utilidad pública, y en cuanto no embargue al uso comunal (...)». GÓMEZ DE LA SERNA, MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y Penal de España*, tomo I, Madrid (1886, p. 554): «18. (...) El Estado es el dueño de las costas, y de las playas (...), a no ser de la parte que se halle en propiedad particular adquirida por títulos legítimos (...) 19. (...) en ningún punto de las costas, playas, (...), se puede ejecutar obras nuevas ni construir edificio alguno sin la competente autorización (...)». POSADA, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, 1888, p. 195: «Los terrenos de particulares (...) en la zona marítimo-terrestre, están sometidos a las servidumbres de salvamento y vigilancia litoral». SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho Administrativo*, 1908, p. 523: «3) *Propiedad de Particulares*. Los terrenos de propiedad particular (...) enclavados en la zona marítimo-terrestre, están sometidos a las servidumbre de salvamento y vigilancia litoral (...)».

SÁNCHEZ ROMÁN, *Derecho civil Español. (Común y Foral)*, tomo II, 2.^a ed., Madrid, 1911, p. 493, la zona marítimo-terrestre es «de dominio nacional y uso público, sin perjuicio de los derechos que correspondan a los particulares». Este autor, como se ve, no habla de propiedad privada, sino de derechos de los particulares.

Viso (*Lecciones elementales de Historia y de Derecho civil, mercantil y penal de España, Parte segunda del Derecho civil*, 5.^a ed., Valencia, 1885, tomo II, p. 13), sigue las Partidas. Los que actualizaron la edición no modifican este punto.

cionarse el tema se pasa a su admisión sin justificar suficientemente el origen. Existe, pues, una zona oscura que no permite hacer afirmaciones tajantes. Es de resaltar que gran número de litigios tiene su origen en adquisiciones procedentes de la legislación desamortizadora.

Lo cierto, y eso es lo que importa, porque determina la situación de la que parte la nueva Ley de Costas, es que el Tribunal Supremo reiteradamente ha reconocido la existencia de propiedad privada cuando la adquisición fue anterior a 1880; y aunque claramente no cuente con argumentos a su favor en las Partidas, no por ello ha dejado de contar con apoyo. Ese apoyo ha estado en las sucesivas Leyes de Puertos (1880, 1928) y en la Ley de Costas de 1969, coincidiendo en la interpretación de estos textos legales con sector de la doctrina.

III. EL ARTICULO 132 DE LA CONSTITUCION DE 1978

La valoración de la Disposición Transitoria primera, números 1 y 2, exige detenernos en el artículo 132.2 de la Constitución Española. Este precepto, como se señaló, declara a la zona marítimo-terrestre y playas bienes de titularidad estatal, calificándolos como dominio público «en todo caso». ¿Qué incidencia tiene, este artículo, en las situaciones de hecho contempladas en la Disposición Transitoria primera de la Ley de Costas? La respuesta depende del significado que se atribuya a la Constitución.

1. Posibles interpretaciones del artículo 132.2 de la Constitución

El texto del artículo 132.2 de la Constitución admite diferentes interpretaciones (28 bis)

— *Primera interpretación.* Consiste en entender que la Constitución restaura un viejo principio del Derecho histórico español: que nunca se admitió propiedad privada en zona marítimo-terrestre. Significa negar que los particulares hayan adquirido alguna vez el dominio, y en consecuencia, la necesidad de que esos bienes reviertan al Estado, sin derecho a indemnización. Sólo habría una excepción: aquellos casos en que el particular cuente con sentencia judicial firme favorable, pues aquí tiene un título que le protege (cosa juzgada, art. 1.251.2 Cc.).

Con esta interpretación, la Constitución realiza un mandato para el futuro y una interpretación vinculante de la legislación anterior

(28 bis) Vid. GUAITA, A., *Derecho Administrativo. Aguas, Montes, Minas*, 2.^a ed., Madrid, 1986, pp. 54-55.

(interpretación auténtica), que implica retroactividad. Este tipo de interpretación, como señala Castro, se utiliza con carácter excepcional y con el fin de «rectificar discrecionalmente la mala redacción de una ley, poner cota a una interpretación equivocada o indeseada de los Tribunales, o simplemente, estrechar el ámbito de libertad dejado al intérprete, y que se ha revelado excesivo o peligroso» (29).

Sin embargo, como puede comprenderse, la utilización de la interpretación auténtica debe de tener límites. ¿Es posible admitirla cuando hay leyes (Leyes de Puertos de 1880 y 1928; Ley de Costas de 1969) que expresamente hablan de enclaves de propiedad privada en zona marítimo-terrestre, sobre las que se ha construido una clara orientación jurisprudencial? ¿Es posible cuando, además, ha pasado más de un siglo desde la primera ley que dio pie a esa orientación? Entender así el artículo 132.2 de la Constitución ¿no implica colisión con el principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales reconocido por el artículo 9.3 de la Constitución? ¿y con el principio de seguridad jurídica reconocido también en el mismo artículo?

Como puede advertirse la oportunidad de una interpretación auténtica provoca serias dudas.

— *Segunda interpretación.* Consiste en entender que a partir de 1978 no cabe propiedad privada en zona marítimo-terrestre. La Constitución declara que todo el litoral español, sin excepción, es dominio público. Hacia el futuro, la Constitución implica la exigencia de demanialidad de toda esa zona, incompatible con la subsistencia de propiedad privada, consecuencia de ciertas interpretaciones dadas a las leyes anteriores.

¿Cómo se va a producir la integración de esas situaciones en el dominio público?

La integración se puede producir de dos diferentes maneras: 1. Automáticamente, como efecto directo de la Constitución; por tanto, sin necesidad de una ley que desarrolle dicha integración, 2. A través del desarrollo por el legislador ordinario; la completa demanialidad se producirá cuando una ley desarrolle la Constitución.

Pero, al margen de como se entienda que se produce la integración, lo cierto es que la misma no se puede efectuar sin compensación, pues implicaría una confiscación y una contradicción con los principios constitucionales. El artículo 33.3 de la Constitución dice que «nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización...». La compensación sí debe ser desarrollada por ley.

(29) CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, Tomo I, 2.ª ed., Madrid 1949, (reimpresión Madrid, 1984), p. 466.

— *Tercera Interpretación.* Consiste en entender que a partir de 1978 no se admite que surja propiedad privada en zona marítimo-terrestre, siendo respetadas, al mismo tiempo, las posibles situaciones anteriores. A diferencia de la interpretación anterior, ésta no produce necesariamente la transformación de las posibles propiedades privadas existentes en zona marítimo-terrestre, en dominio público.

Esta posición, sin embargo, es difícil de sostener porque, por un lado, el tenor literal de la Constitución es tajante: la zona marítimo-terrestre es dominio público en todo caso, sin excepciones. Por otro, si se tiene presente los debates constitucionales, parece que se pretendía que toda la zona marítimo-terrestre fuera dominio público (30).

2. Interpretación jurisprudencial del artículo 132.2 de la Constitución Española

El Tribunal Supremo, en un primer momento, no menciona al artículo 132.2, aunque más tarde lo tiene presente. Hay que destacar que, a pesar de la Constitución, el Tribunal Supremo, sigue admitiendo que puede existir propiedad privada en zona marítimo-terrestre, si se demuestra alguno de los requisitos que este Tribunal exige. Por último, también se puede hablar de una cierta orientación a favor del dominio público. Esto se refleja en lo siguiente.

Por un lado, como se indicó, hay dos sentencias (31) en las que de haberse seguido la orientación jurisprudencial, el Tribunal Supremo tendría que haber reconocido la existencia de dominio privado (las adquisiciones eran anteriores a 1880). Sin embargo, en un caso se declaró bien de dominio público a la zona marítimo-terrestre; en el otro, al particular se le reconoció un dominio «degradado» o un derecho real «atípico», sin limitación temporal.

Por otro lado, el artículo 132.2 de la Constitución Española ha determinado, en ocasiones, un mayor rigor en la apreciación de la prueba. El Tribunal Supremo había señalado que el particular que

(30) SÁINZ MORENO, F., expone todo el iter parlamentario del artículo 132.2 de la Constitución, señalando que fue en el Senado donde se planteó la dura polémica del respeto a los derechos adquiridos; señala como la enmienda presentada por el senador Iglesias Corral sobre el respeto de los derechos adquiridos fue retirada para «evitar que (...) figure como derrotada en las actas de este Senado» (*RAP* 1982, núm. 99, pp. 223-231). En el mismo sentido MARTÍN-RETORTILLO, L., señala que «no prevalecieron las enmiendas que auspiciaban la demanialidad "sin perjuicio de los derechos adquiridos"». De modo que la Constitución es firme al respecto. Y no admite fisuras ni excepciones» (*REDA* 1982, núm. 34, p. 520), y BERCOVITZ, R.: «el estudio de los debates parlamentarios muestra, sin lugar a dudas, que nuestros constitucionalistas no quisieron excepcionar del ámbito de la aplicación del artículo 132.2 las situaciones previamente existentes, es decir, los derechos adquiridos» (*CCJC*, núm. 6, 1984, p. 2047).

(31) Vid. nota núm. 17.

se opusiera a la pretensión del Estado tenía que probar los hechos obstativos a esa pretensión, o en su caso, los derechos que sobre la misma adujera. Tras la Constitución ha declarado que la fuerte presunción en pro del dominio nacional, que exige para ser destruida una rigurosa demostración en contrario, «ha de acentuarse después de la vigencia de la Ley Fundamental» (32).

Pero ¿qué ha supuesto realmente el artículo 132.2 de la Constitución para el Tribunal Supremo, en cuanto al reconocimiento de propiedad privada en zona marítimo-terrestre?

Aunque no se declare expresamente, el que el Tribunal Supremo continúe reconociendo dominio privado en zona marítimo-terrestre si se cumple alguno de los requisitos que exige (también hay sentencias en sentido contrario; vid. *supra*), significa un respeto a las situaciones previas a la Constitución: el respeto a los derechos adquiridos (32 bis)

3. Interpretación doctrinal del artículo 132.2 de la Constitución Española

La mayoría de los estudios doctrinales son anteriores a la Constitución, de ahí que lógicamente no mencionen el artículo 132.2. Posteriormente, han ido apareciendo algunos artículos en los que se han sostenido distintas posiciones.

L. Martín-Retortillo y F. Sainz Moreno consideran que la Constitución declara al litoral español dominio público sin excepciones. Niegan la subsistencia de posibles derechos adquiridos. Sostienen también que el precepto constitucional es directamente aplicable (33), criticando duramente la orientación jurisprudencial que reconoce propiedad privada en zona marítimo-terrestre después de 1978. Propone Sainz Moreno como solución que la propiedad privada de zona marítimo-terrestre se convierta en una concesión, salvo que resulte notorio perjuicio para el interés público (34). El fundamento de esa concesión se encuentra en el principio general de nuestro ordenamiento de

(32) STS de 6 de octubre de 1986, 10 de noviembre de 1986, 25 de junio de 1987. (32 bis) En la reciente sentencia de 6 de julio de 1988, el Abogado del Estado alegó en su recurso infracción por inaplicación del artículo 132.2 de la Constitución, porque no se podía interpretarlo en el sentido de que se respetasen las propiedades privadas en zona marítimo-terrestre. El Tribunal Supremo habla, por primera vez del respeto a los derechos adquiridos, pero no constituye la base de su decisión.

(33) SÁINZ MORENO, F., señala que «el artículo 132 de la Constitución contiene un mandato de eficacia inmediata que no necesita de una ley de aplicación» (*RAP* 1982, núm. 99, p. 234). MARTÍN-RETORTILLO, L., critica al Tribunal Supremo en la sentencia de 13 de octubre de 1981 por haber declarado propiedad privada en zona marítimo-terrestre a pesar del art. 132 de la Constitución; «porque se intente afirmar el valor normativo de la Constitución; porque ésta se configure, en definitiva, como norma jurídica (...). Pero es bueno que digamos, también, que es una norma. Inmediatamente aplicable. Y vinculante». (*REDA* 1982, núm. 32, p. 519).

(34) *RAP* 1982, núm. 99, pp. 240, 242.

respeto a los derechos adquiridos, y no en el artículo 33 de la Constitución que se dirige al futuro.

En sentido contrario se pronuncia Bercovitz (35). Entiende este autor que el artículo 132.2 de la Constitución no puede implicar un efecto confiscatorio (art. 33.3 CE), además de que la Constitución garantiza la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de los derechos individuales (art. 9.3 CE).

IV. ANALISIS DE LA DISPOSICION TRANSITORIA PRIMERA, NUMEROS 1 Y 2, DE LA LEY DE COSTAS DE 1988.

1. Interpretación del artículo 132.2 de la Constitución acogida en la Disposición Transitoria Primera, números 1 y 2, de la Ley de Costas de 1988

Dos son los elementos que se tendrán en cuenta. Son, el tenor literal de la Disposición Transitoria Primera, números 1 y 2, y la Exposición de Motivos de la Ley.

1.1. *El tenor literal*

La Disposición Transitoria Primera, número 1, hace simple referencia al artículo 132.2 de la Constitución. Ello no permite conocer qué interpretación constitucional ha sido la acogida. El dato que, sin embargo, permite llegar a una conclusión está en determinar los supuestos regulados y los no regulados en la Disposición Transitoria Primera, números 1 y 2.

Como se indicó, sólo dos supuestos son regulados: 1. titulares de propiedad privada reconocida por sentencia judicial firme, la cual se transformará, en una concesión de duración, como máximo, de sesenta años, y 2. poseedores de zona marítimo-terrestre protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que se sujetaran al régimen general de aprovechamiento, con ciertas preferencias. Ningún otro supuesto se regula.

Por lo expuesto parece que la Disposición Transitoria Primera, números 1 y 2, interpreta el artículo 132.2 de la Constitución en el sentido de que nuestro Derecho histórico nunca admitió propiedad privada en zona marítimo-terrestre (primera posible interpretación del texto constitucional señalada supra). De ahí que sólo indemnice a los titulares de propiedad privada reconocida por sentencia judicial firme, lo cual no es tanto consecuencia de que se admita propiedad

(35) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *CCJC* núm. 6, 1984, p. 2.048.

privada cuanto del respeto a la cosa juzgada. De ahí también el que a los poseedores de zona marítimo-terrestre protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria se les someta, sin más, al régimen general de aprovechamiento de la nueva Ley, aunque se les concedan determinadas ventajas. De ahí, por fin, el que no se haga alusión a los demás poseedores de zona marítimo-terrestre.

Si el legislador ordinario hubiera admitido que la anterior legislación permitía propiedad privada en zona marítimo-terrestre, al declarar con posterioridad a la Constitución que todo el litoral español es dominio público, cualquier titular que la hubiera adquirido legítimamente hubiese tenido que ser indemnizado por la privación, y no únicamente aquellos particulares que contasen con sentencia judicial favorable.

1.2. Exposición de Motivos

La Exposición de Motivos señala que la nueva Ley de Costas es innovadora. Parte de esa innovación consiste en haber restaurado «en su pureza principios de hondo arraigo en nuestro Derecho histórico pero que habían quedado debilitados en su aplicación». Posteriormente se aclara que esos principios implican calificar al mar y su ribera de «patrimonio colectivo». Se señala también que la Ley de Costas de 1988 supone cerrar «el paréntesis de signo privatizador que inició la Ley de Aguas de 1866, con un equivoco respecto a los derechos legítimamente adquiridos, que no deberían ser otros que los concesionales», y no admisión de propiedad privada.

La Exposición de Motivos apoya la anterior conclusión.

2. La constitucionalidad de la Disposición Transitoria Primera, números 1 y 2, de la Ley de Costas de 1988

La Disposición Transitoria Primera, números 1 y 2, de la nueva Ley de Costas ofrece una determinada interpretación del artículo 132.2 de la Constitución, que realiza el legislador ordinario. Sin embargo, ese carácter interpretador del texto constitucional no exime de analizar la posible constitucionalidad de la misma.

Nuestro análisis se centrará en dos aspectos.

2.1. Retroactividad y respeto debido al derecho de propiedad

Como se ha señalado, el legislador ordinario, en la nueva Ley de Costas, ha entendido que la Constitución contiene, en su artículo 132.2, no sólo un mandato para el futuro, sino también una inter-

pretación vinculante de la legislación anterior. Esta interpretación (interpretación auténtica) implica cierta retroactividad si se admite que con la legislación anterior pudo existir propiedad privada en zona marítimo-terrestre. Por ello es conveniente recordar, brevemente, lo que dispone la Constitución acerca de la retroactividad de las leyes.

El artículo 9.3 de la Constitución dispone la irretroactividad de las «disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales»; «en todo lo demás —señalan Díez-Picazo y Gullón— la Constitución deja al legislador un amplio margen de actuación y (...) fuera de esas coordenadas el legislador es soberano para dotar a las normas de efecto retroactivo» (36).

El alcance del artículo 9.3 de la Constitución ha sido valorado de diverso modo en la doctrina (37) y, el Tribunal Constitucional ha señalado (38) que el término «disposiciones» abarca a las Leyes y que «derechos individuales» son, en todo o en parte, los derechos fundamentales del Título I de la Constitución (39).

Se puede tal vez entender que en el ámbito de los derechos funda-

(36) Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 6.ª ed., Madrid, 1988, p. 124.

(37) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., entienden (aunque aluden a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional) que la prohibición de retroactividad del artículo 9.3 de la Constitución Española se limita a los Reglamentos, no a las Leyes, y que engloba los derechos adquiridos, en *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 4.ª ed., Madrid, reimpresión 1988 pp. 81-89.

LÓPEZ MENDUO, F., mantiene que son Leyes y Reglamentos los afectados por el artículo 9.3 de la Constitución Española, y que sólo los derechos de la sección 1.ª, del Capítulo segundo, del Título I de la Constitución son los incluidos, en *La irretroactividad de las leyes en la Constitución de 1978 (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1981 sobre la Disposición Adicional quinta de la Ley de Presupuestos Generales del Estado 1981)*, «REDA» 1981, núm. 31, p. 727, y *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, Sevilla, 1982, pp. 210-228.

(38) SSTC 27/1981, de 20 de julio; 6/1983, de 4 de febrero.

(39) GAYA SICILIA, R., entiende que, si en una primera etapa el Tribunal Constitucional afirma que el alcance del artículo 9.3 de la Constitución Española abarca en todo o en parte los derechos fundamentales del título I de la Constitución, a partir de la STC 42/86, de 10 de abril, se restringe a la sección 1.ª, del Capítulo segundo, del Título I, de la Constitución (en *El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1987, pp. 207-212, y 301; cfr. también OTTO, *Derecho constitucional: sistema de fuentes*, 2.ª ed., Madrid [1988], p. 98). Según ese criterio, la Disposición Transitoria primera, números 1 y 2, de la nueva Ley de Costas, aún en el supuesto de que se entienda que la legislación anterior admitía propiedad privada en zona marítimo-terrestre, no ataca el principio de irretroactividad garantizado en la Constitución: estaríamos dentro del margen de discrecionalidad que tiene el legislador ordinario para dar a las normas efectos retroactivos. No obstante, todavía cabría plantear la inconstitucionalidad de la Disposición Transitoria Primera, núms. 1 y 2, atendiendo al principio de seguridad jurídica que, entiende GAYA SICILIA, R. (p. 214), es principio independiente del de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales. Sobre este punto ha dicho el Tribunal Constitucional: «es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente» (STC 15/1981, de 7 de mayo).

mentales la irretroactividad de las normas jurídicas se justifica como garantía constitucional de los mismos; garantía que se realiza frente a las actuaciones del legislador y en el modo y medida en que esos derechos se encuentran reconocidos en la Constitución.

Trasladándonos al derecho de propiedad, que es el que aquí nos interesa, parece posible admitir que está incluido dentro de los derechos a los que alcanza la garantía de irretroactividad, en cuanto que la Constitución garantiza el respeto a su contenido esencial frente a las actuaciones del legislador (art. 53 CE). En este caso, el alcance de la irretroactividad del artículo 9.3 de la Constitución lo determinará el artículo 33 de la misma. Dicho artículo impone el *reconocimiento* de las propiedades existentes en el momento de la entrada en vigor de la Constitución (art. 33.1), sin perjuicio de su posible expropiación (art. 33.3), pero no impide que la delimitación del contenido del derecho de propiedad se modifique en las propiedades existentes de acuerdo a la función social (art. 33.2 CE).

La Disposición Transitoria Primera, números 1 y 2, sólo admite la existencia de aquellas propiedades privadas reconocidas por sentencia judicial firme. De acuerdo a lo que se acaba de exponer: será inconstitucional si realmente el Derecho anterior admitió propiedad privada en zona marítimo-terrestre; no lo será si efectivamente en el Derecho histórico no hubo base para el reconocimiento de propiedad privada. El constatar si se admitió o no propiedad privada es una cuestión de hecho que no depende de la voluntad del legislador actual y, como se ha señalado, no es posible con absoluta certeza afirmar que no haya podido existir propiedad privada en zona marítimo-terrestre. En el supuesto (cosa posible) de que haya existido propiedad privada en zona marítimo-terrestre, la retroactividad que establece la Disposición Transitoria Primera, números 1 y 2, de la Ley de Costas lesiona el derecho de propiedad de quienes no litigaron y en consecuencia no cuentan con sentencia judicial firme, al mismo tiempo que se produce un tratamiento desigual entre esos propietarios y los que litigaron y obtuvieron sentencia judicial firme.

2.2. *Constitucionalidad de la transformación del derecho de propiedad reconocido por sentencia judicial firme en concesión de aprovechamiento*

Aunque admitamos que el Derecho histórico español nunca reconoció propiedad privada en zona marítimo-terrestre, surge una nueva cuestión: ¿Es constitucional la transformación del derecho de propiedad privada reconocido por sentencia judicial firme en un derecho de aprovechamiento de treinta o sesenta años que prevé la nueva Ley de Costas?

A propósito de esta transformación hay que cuestionarse en pri-

mer lugar si nos encontramos ante una delimitación del contenido de la propiedad privada, en razón de la función social (art.33.2 CE), o ante una privación del dominio, es decir, ante una expropiación (art. 33.3 CE). Para responder a esta cuestión hay que tener en cuenta si esa transformación ataca o no el contenido esencial del derecho de propiedad (40).

La transformación prevista en la Disposición Transitoria Primera, número 1, de la nueva Ley de Costas implica: 1. Limitación del contenido del derecho. 2. Limitación temporal.

Respecto al primer aspecto, limitación del contenido del derecho, podría pensarse que no es una privación del derecho de propiedad existente, sino una delimitación, de acuerdo con su función social, justificada por la Constitución. Sin embargo, la transformación se produce más allá, porque el derecho de propiedad se convierte en un derecho de naturaleza diferente (concesión), cuyo contenido no es uniforme pues, depende de la utilización que se haya venido haciendo con anterioridad («respetando los usos y aprovechamientos existentes») que es la que conforma el contenido de la nueva concesión. Porque además, el derecho de propiedad que se tenía es perpétuo y la concesión temporal (segundo aspecto).

Estas razones hacen que tengamos que afirmar que en este caso se produce algo más que una delimitación del contenido del derecho de propiedad, en razón de su función social; y que estamos, ante una privación, de carácter expropiatorio. Expropiación legislativa, que en este caso, como toda expropiación, está sometida al control constitucional (41).

La cuestión que se plantea a continuación es si es adecuada la «correspondiente indemnización» que por esa expropiación se recibe.

La Constitución exige expresamente que en la expropiación exista la «correspondiente indemnización» pero no señala, de forma directa, qué extensión debe tener y qué criterios de valoración se deben manejar. Sin embargo, esos límites constitucionales pueden implícitamente ser deducidos si nos fijamos en la finalidad que el texto constitucional atribuye a la indemnización: sustituir el bien patrimonial por un equivalente (función sustitutoria).

Como ha señalado el Tribunal Constitucional (42) la cuantía de la indemnización debe ser proporcional al valor real de los bienes y derechos expropiados, y es consecuencia de esa función sustitutoria. Esa proporcionalidad dependerá de la naturaleza de esos bienes y derechos. La Constitución no impone un único criterio de valora-

(40) LÓPEZ Y LÓPEZ A. M., *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, 1988, p. 169.

(41) La STC 166/86, de 19 de diciembre (f.j. 13), entendió que dentro del tenor literal del artículo 33.3 de la Constitución Española caben las expropiaciones legislativas.

(42) STC 166/1986, de 19 de diciembre, f.j. 13. B).

ción siendo el legislador libre de fijarlos, pero siempre y cuando se cumpla esa proporcionalidad exigida en la misma.

Cuando la Disposición Transitoria Primera, número 1, de la Ley de Costas, sustituye el dominio privado de zona marítimo-terrestre por un derecho de aprovechamiento de duración limitada ¿se ha cumplido la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el valor del bien expropiado y la indemnización?

Supone ello plantear una cuestión de hecho. Sin embargo, parece que si lo que se recibe a cambio de la privación del derecho de propiedad en esa transformación tiene un contenido menor y un plazo de duración también menor que ese inicial derecho dominical, esa proporcionalidad por hipótesis no se da (43).

Sin embargo, nótese que la perspectiva desde la que el legislador ha redactado la Disposición Transitoria Primera, número 1, de la nueva Ley de Costas, no es exactamente la misma en la que ahora nos movemos. El legislador ha entendido que en el Derecho histórico no existió base para el reconocimiento de propiedad privada que deba respetar. La Disposición Transitoria Primera, número 1, de la Ley de Costas, no es tanto la consecuencia del reconocimiento de propiedad privada cuanto la del respeto a ciertas situaciones jurídicas creadas por sentencia (cosa juzgada), para él de dudosa legalidad. Ello implica una consecuencia: el legislador no se siente vinculado por el artículo 33 de la Constitución. A estas situaciones reconocidas por sentencia el legislador no las valora como auténticas propiedades privadas, amparadas por el artículo 33.1 de la Constitución, sino como situaciones patrimoniales dignas de respeto. Aceptando este punto de vista se podría pensar que el equivalente que ofrece la Disposición Transitoria Primera, número 1, de la Ley de Costas sí es proporcional.

En conclusión, todo el problema de los enclaves de propiedad privada en zona marítimo-terrestre depende de la valoración que se haga sobre el Derecho histórico y la legislación inmediatamente anterior a la Ley de Costas de 1988. Derecho sobre el cual, se tendrá que pronunciar el Tribunal Constitucional

(43) RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., en este mismo fascículo del Anuario, entiende que la Disposición Transitoria primera, núm. 1, de la Ley de Costas, es inconstitucional porque no hay un justiprecio adecuado. Señala que «la medida expropiatoria es (...) conversión de propiedad ilimitada en derecho de ocupación limitado; y lo que hay que indemnizar es el valor de lo que resta al derecho limitado para convertirse en propiedad ilimitada», además de que, esa transformación, «se muestra ineficaz para tratar los casos de simple inexistencia actual de uso y aprovechamiento, o de los usos y aprovechamientos proyectados por el titular para el futuro. Para esos particulares el desamparo sería absoluto».

