

ya citada DA 48^a (apartados 2 letra d) y apartado 3).

VI.4. CONCESIONES DEMANIALES Y SERVICIO PÚBLICO*

JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA
Catedrático de Derecho administrativo
Instituto de Derecho Comparado
Universidad Complutense de Madrid

1. PLANTEAMIENTO

El dominio público es una categoría dependiente cuyos contornos no son especialmente claros. La extraña evolución habida entre 1866 (fecha en la cual la Exposición de Motivos de la Ley de aguas realiza una excelente y clara diferenciación entre los bienes públicos) y 1889 (momento de la promulgación del Código Civil, en donde se articula definitivamente la acumulación de uso público, servicio público y fomento de la riqueza nacional como criterios de la demanialidad) ha tenido como consecuencia que no resulte especialmente claro qué significa determinar que un bien es demanial y cuál es su régimen jurídico.

Es, en este sentido, fácil de entender que la playa de Cabopino, en Málaga, no puede tener un régimen jurídico equivalente al de un edificio administrativo o al del dominio público radioeléctrico que utilizamos con la telefonía móvil. Diferencias de régimen jurídico que hacen que lo que tradicionalmente se ha estructurado como «teoría general del dominio público» permanezca como una cuestión abierta, cuyo cierre ofrece más sombras que luces.

Se podría decir, incluso, que las conclusiones que se pueden extraer sobre los bienes del artículo 339.1 no son válidas *per se* para los del 339.2 y al contrario. La playa estará siempre ahí (salvo lo que ocurra con el cambio climático) y el edificio es susceptible de operaciones jurídicas que pueden conducir a su enajenación, más allá de que el artículo 132 de la Constitución no hable de su inalienabilidad. No basta, a mi juicio, con decir,

*. ESTE ARTÍCULO SE HA REDACTADO EN EL MARCO DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN DER2016-76986-P; «UNIÓN EUROPEA EN EL CONTEXTO DE LOS TRATADOS DE NUEVA GENERACIÓN: ENTRE REFORMA INSTITUCIONAL Y PROTECCIÓN SOCIAL», DEL QUE SOY IP.

que es inalienable mientras sea demanial, por cuanto que, si la desafectación es fácil y se puede ver sólo como un trámite dependiente de la voluntad del órgano administrativo gestor, la propia configuración del bien como demanial resulta muy relativizada.

Es, desde este punto de vista, una diferencia muy superior a la famosa escala de la demanialidad a la que hacía referencia DUGUIT. Es un problema que afecta a la propia estructura, extensión y régimen jurídico del dominio público, que sigue lastrado por lo acaecido a final del siglo XIX sin que el legislador haya sido capaz de impulsar un cambio legislativo relevante para acercar el fondo del régimen jurídico a la realidad. Una operación necesaria, no tanto para facilitar el análisis de los estudiosos sino sobre todo de articular un régimen adecuado con la realidad y que permita una gestión eficaz de los bienes.

Porque, no lo olvidemos, la propia Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, al tiempo que daba pinceladas de ese régimen demanial estricto, utiliza figuras para la provisión de edificios administrativos que, desde luego, contradicen la esencia del régimen demanial. La propia desaparición de la declaración de alienabilidad —como manifestación de que se puede vender a pesar de que sea necesario, ya que se alquila al mismo tiempo— es manifestación de que, más allá de la claridad con la que se debería explicar el dominio público en una clase del grado en derecho, las aristas surgen en cuanto empezamos a analizar su régimen jurídico.

En el tema que nos ocupa, dentro de esta obra colectiva —las concesiones demaniales y el servicio público— hay un problema añadido. Los contornos del servicio público dejan mucho, asimismo, de estar claros. La evolución dentro del ámbito comunitario nos permite tener más dudas que certezas sobre cuáles son las consecuencias de catalogar una actividad como servicio público, tanto con carácter general como con respecto al uso de los bienes públicos. E incluso nos podemos plantear si actividades equivalentes al servicio público pueden tener las mismas consecuencias jurídicas

Por si todo lo anterior no fuera suficiente, el régimen de adjudicación de los contratos, o, para ser más exactos, el grado de vinculación de los contratos patrimoniales a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, no es suficientemente clara, debido a que los dobles renvíos que se hacen entre esta norma y la LPAP dan juego a una rica discusión.

Como se puede apreciar, las páginas que siguen resultarán de planteamiento de problemas, más allá de que se intente articular una solución sobre ellas, que, en ocasiones, puede resultar discutible a los ojos del lector. El derecho no es una ciencia exacta sino, en la mayoría de los casos, un instrumento para la discusión basados en criterios de razonabilidad.

2. CONCESIONES DE DOMINIO PÚBLICO: ASPECTOS GENERALES

La concesión de dominio público¹⁰⁷ es el título habilitante que, según dispone el artículo 86.3 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP, en adelante), habilita para «el uso privativo de los bienes de dominio público que deter-

107. Sobre la concesión de dominio público el estudio de referencia es el que publicó FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., *Las concesiones de dominio público*, Thompson-Civitas, Madrid (2007). Asimismo, los trabajos contenidos en el libro colectivo dirigido por CHINCHILLA MARÍN, C., *Comentarios a la ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thompson-Civitas (2003); PAREJO ALFONSO,

mine su ocupación con obras o instalaciones fijas», esto es, aquella utilización con semejantes instalaciones que «determina la ocupación de una porción del dominio público, de modo que se limita o excluye la utilización del mismo por los demás» (artículo 85.3 LPAP).

El análisis de esta figura ha de partir, necesariamente, de la ordenación que proporciona la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, aunque es preciso tener presente que hay parte de sus contornos que son propios y característicos para cada uno de los sectores demaniales; algunos de los cuales se encuentran en otros capítulos de esta obra colectiva. De hecho, la adaptabilidad a cada uno de los sectores demaniales, consecuencia de las distintas funciones que se prestan con cada uno de ellos, es uno de los caracteres que más se destacan en la concesión demanial y por ello la propia LPAP se reconoce un carácter supletorio en relación con esas normas sectoriales. Esta es una idea recalcada por el propio artículo 84.3 LPAP, el cual determina claramente cuál es el régimen aplicable a las concesiones de dominio público, al disponer que «las concesiones y autorizaciones sobre bienes de dominio público se registrarán en primer término por la legislación especial reguladora de aquéllas y, a falta de normas especiales o en caso de insuficiencia de éstas, por las disposiciones de esta ley».

La LPAP es, en este sentido, una norma que autolimita su aplicabilidad a las concesiones de dominio público. Por ello, resulta de gran apoyo la normativa reguladora de los bienes de las entidades locales, que dispone de una prolija ordenación de estos títulos habilitantes y una práctica que es especialmente rica; sobre todo teniendo en cuenta que el desarrollo reglamentario de la LPAP no ha llegado cinco años después de su promulgación.

Pero al mismo tiempo esta especial adaptabilidad a cada uno de los sectores se va a traducir en dificultad para la construcción de una teoría general de las concesiones demaniales. En todo caso, es un aspecto sobre el que volveré con posterioridad.

3. EL USO DEL DOMINIO PÚBLICO COMO ELEMENTO CENTRAL DE SU RÉGIMEN JURÍDICO. REPERCUSIÓN A LOS EFECTOS DE LA RESERVA DE LEY

La operación de declarar que una determinada categoría de bienes pasa a formar parte del dominio público está sometida a reserva de ley, en virtud de lo dispuesto en el artículo 132 de la Constitución, en conexión con el artículo 33 de la misma, al constituir un freno a la apropiabilidad de las categorías de bienes, creando un espacio no dominical. El problema radica en que demanializar sin establecer las bases del régimen jurídico de esos bienes es una operación totalmente insuficiente, ya que hace falta establecer un régimen jurídico adecuado que permita justificar la separación de un grupo de bienes del régimen usual de adquisición de propiedad.

L., *El régimen de utilización de los bienes y derechos de dominio público. Autorizaciones y concesiones*, págs. 433 y ss.; JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Negocios jurídicos sobre la concesión*; págs. 475 y ss. y MESTRE DELGADO, J. F., *La extinción de las autorizaciones y concesiones demaniales*, págs. 491 y ss.

Dentro de este régimen está la ordenación de la utilización de los bienes y por ello, el del régimen jurídico de las concesiones demaniales. Un régimen demanial sin establecimiento de las bases de utilización de los bienes resulta insuficiente por cuanto que tal como señaló la STC 227/88, «el significado de la institución del dominio público refuerza esta interpretación. En efecto, la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico *iure privato*. El bien de dominio público es así ante todo *res extra commercium* y su afectación, que tiene esa eficacia esencial, puede perseguir distintos fines: típicamente, asegurar el uso público y su distribución pública mediante concesión de los aprovechamientos privativos, permitir la prestación de un servicio público, fomentar la riqueza nacional (artículo 339 del Código civil)».

Esta conexión esencial que existe entre el régimen de utilización y la configuración del bien como del dominio público es lo que motiva que la exigencia de la reserva de ley se extienda al régimen de configuración de las utilidades de los bienes, que constituye «una cuestión nuclear en el régimen jurídico de los mismos». El propio artículo 132.1 cuando exige ley para demanializar la está contemplando de forma inequívoca para la utilización, sobre todo por la vinculación que tiene con los principios de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad del dominio público.

4. LAS CONCESIONES DE DOMINIO PÚBLICO EN EL RÉGIMEN DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La regulación de las concesiones de dominio público se ha de efectuar dentro del régimen general de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas tal como está recogido en el bloque de la constitucionalidad.

La distribución de competencias parte del hecho de que la regulación general de las concesiones demaniales es un aspecto central del régimen de los bienes públicos, tal como señaló la STC 227/88. Desde este punto de vista, en la regulación general de los bienes públicos, que ha de efectuar el Estado, en virtud de la competencia recogida en el artículo 149.1.8ª, se ha de englobar asimismo la regulación de los mecanismos de utilización de los bienes, dentro de los cuales se halla el régimen de las concesiones demaniales. A ello se añadiría el hecho de que el acceso a la utilización de los bienes públicos se vincule a la competencia estatal para la «regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales», añade un plus a la competencia del Estado en esta materia. De este modo, en la competencia de demanializar se encuentra aneja la competencia para la ordenación del régimen de utilización de los bienes públicos y, por consiguiente, el régimen básico de las concesiones de dominio público; ya que, sin este último aspecto, la demanialización sería una operación incompleta.

Pero hay que recordar, asimismo, que las concesiones administrativas, y por consiguiente las demaniales, tienen una regla específica en el artículo 149.1.18ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia relativa a la «legislación básica sobre

contratos o concesiones administrativas», que complementa lo indicado con anterioridad. Como se verá con posterioridad en relación con la duración de las concesiones, esta competencia básica del Estado tiene el efecto de que desplaza la normativa autonómica contraria a ella y que deroga la normativa aprobada por el Estado en dichas materias. Obviamente, no tiene efecto sobre los títulos habilitantes otorgados en aplicación de dicha normativa ahora superada, como ocurre muy específicamente con el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales. La conclusión anterior habría que matizarla en un extremo: la LPAP, como norma general de bienes públicos tiene una pretensión de supletoriedad con respecto a los distintos sectores demaniales, cuyas especialidades prevalecen sobre el régimen general.

La somera explicación que se acaba de proporcionar no estaría completa sin indicar que las Comunidades autónomas, en el marco de las competencias específicas que tengan en cada uno de los sectores demaniales, disponen de capacidad suficiente para el desarrollo de la normativa aprobada por el Estado, que, al mismo tiempo, es parámetro de referencia en cuanto a los fines que motivaron la incorporación de unos bienes concretos al dominio público. Hay que señalar, en este sentido, que las Comunidades autónomas han desarrollado y adaptado a sus especialidades las normas de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas referidas a las concesiones demaniales.

5. USOS PRIVATIVOS DEL DOMINIO PÚBLICO Y TÍTULOS HABILITANTES

5.1. *La ocupación privativa del demanio*

El debate anterior está vinculado a las modalidades y desarrollos del tipo de utilización del dominio público que precisa de concesión, el uso privativo. La modalidad más intensa de utilización del dominio público por los particulares está constituida por el uso privativo, que según lo define el artículo 85.3 LPAP es «el que determina la ocupación de una porción del dominio público, de modo que se limita o excluye la utilización del mismo por otros interesados», todo ello con las matizaciones que se verán a lo largo de este estudio. El elemento determinante de esta modalidad de uso es la exclusividad y, por consiguiente, la exclusión de los demás en el acceso a esa porción del dominio público, con independencia de que sea consuntivo o no del bien público. Todo lo cual nos conduce a una formulación diferente de esta modalidad de utilización.

Por esta peculiaridad, el uso privativo tiene naturaleza de derecho real de naturaleza administrativa. De acuerdo con esta naturaleza, es transmisible, gravable, registrable y que habitualmente supone el abono de un canon por parte del titular del título administrativo. Todo ello con condiciones muy particulares —como se verá más adelante— que dependerán de lo que disponga cada régimen especial de ordenación, como se verá en los capítulos siguientes de este volumen. En todo caso, lo que sí ha de quedar claro es que se trata de un derecho real sobre el uso, dado que el bien seguirá formando parte del dominio público, con independencia de la exclusividad del uso. Y por supuesto es una utilización sometida a plazo, dado que la indisponibilidad del dominio público impide la cesión perpetua del uso de los bienes.

Obviamente, este derecho a la utilización privativa del dominio público requiere título habilitante. De una forma un tanto asistemática, el artículo 86 LPAP recoge en dos ocasiones esta exigencia, indicando, por un lado, que «cuando la ocupación se efectúe únicamente con instalaciones desmontables o bienes muebles, estarán sujetos a autorización o, si la duración del aprovechamiento o uso excede de cuatro años a concesión». El párrafo tercero, por su parte, reitera que «el uso privativo de los bienes de dominio público que determine su ocupación con obras o instalaciones fijas deberá estar amparado por la correspondiente concesión administrativa». Parece claro, de este modo, que será la intensidad de la utilización la que determinará si el título es concesión o autorización; para lo cual, el artículo 84.2 LPAP reconoce a la Administración un deber de vigilancia de que toda utilización del dominio público ha de estar amparado por el título habilitante correspondiente.

No obstante, además hay supuestos en la legislación en los cuales se va a permitir la utilización privativa de un bien público por disposición legal. Así, el titular de una finca tendrá el derecho al aprovechamiento de las aguas pluviales o estancadas y el operador de telecomunicaciones tendrá un derecho genérico a la ocupación privativa del dominio público para la instalación de sus infraestructuras, aunque luego haya de obtener un título concreto. Una situación que comparten con los concesionarios de estancos. En ocasiones, esta atribución del título por ley es un mecanismo compensatorio ante una privación singular de derechos sobre bienes públicos, tal como recogen las Disposiciones Transitorias 1ª y 2ª de la Ley de costas. Lo que las últimas leyes han eliminado es la posibilidad de adquirir el uso privativo de un bien público por prescripción. De hecho, para romper la tradición que existía en algunos sectores demaniales lo han prohibido de forma expresa.

En una línea similar, hay que recordar los derechos a la ocupación de los bienes públicos que tienen los titulares de los servicios liberalizados, como ocurre en los casos de las telecomunicaciones o algunos de los sectores energéticos. En este caso, la función central es permitir el desarrollo de las actividades lo que redundará en la consecución de un mercado competitivo, ya que estas infraestructuras suelen ir en los bienes del dominio público municipal. Las facultades municipales en esta materia se encuentran en un punto de equilibrio entre su prerrogativa de gestión del dominio público y el derecho de ciertos operadores a ocuparlo. Lo cual se traduce en una limitación recíproca: las facultades de gestión pública no son absolutas puesto que han de respetar el derecho de los operadores y el derecho de los operadores no es tampoco absoluto puesto que su ejercicio ha de respetar los intereses generales y públicos representados por la Corporación local. El derecho de los particulares es, en suma, un derecho de ejercicio condicionado como inequívocamente ha formulado la STS de 24.1.2000: «los Ayuntamientos titulares del dominio público no pueden denegar la autorización pertinente para la utilización que requiera el establecimiento o la ampliación de las instalaciones del concesionario u operador por su término municipal utilizando el vuelo o el subsuelo de sus cables. Ahora bien, *una cosa es esta obligación y otra que la utilización deba ser incondicional y que no puedan establecer los Ayuntamientos las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo aquélla*».

5.2. Autorizaciones y concesiones en el uso del dominio público

La cuestión inicial que surge cuando se alude a la separación entre títulos habilitantes para la ocupación del dominio público es la de la diferencia que puede existir entre las autorizaciones y las concesiones, ya que incluso ambos serían útiles para ciertas ocupaciones demaniales privativas. Con independencia de que haya en este volumen colectivo un estudio específico sobre el régimen general de las concesiones, conviene introducir alguna consideración de carácter general, teniendo en cuenta que constituye una cuestión central, en la medida en que, se suele señalar que licencia y concesión tienen regímenes jurídicos distintos (tanto en lo que se refiere a su procedimiento de otorgamiento como a su duración, a sus posibilidades de revocación y a otros muchos aspectos). Pero ya avanzo que, en rigor, las diferencias no son tantas como parece y que hay que relativizar mucho sus consecuencias hasta tal punto que hemos de llegar al final a la conclusión de que se trata de un falso dilema en el sentido de que no hay sólo dos opciones —o bien licencia o bien concesión— sino que caben otras posibilidades diferentes.

Como es sabido, la elaboración dogmática del dilema entre las concesiones y las autorizaciones es muy antigua ya que fue realizada por las doctrinas alemana (O. Mayer) e italiana (Ranelletti) a fines del siglo XIX, diferenciando nítidamente entre licencia (levantamiento reglado de los obstáculos que se oponen al ejercicio de un derecho preexistente del solicitante) y concesión (traspaso discrecional de una facultad administrativa a un particular). Pero también es sabido que a lo largo del siglo XX se llegó a la convicción de que la realidad era mucho más rica y que no se dejaba ahormar en estos dos títulos, de tal manera que hubo que ir creando otras figuras intermedias, híbridas entre la licencia y la concesión. Así es como surgieron las licencias (no concesiones, pero tampoco licencias en sentido estricto) de los llamados servicios públicos virtuales y las autorizaciones reglamentadas.

Tanto es así que el dilema licencia-concesión no tiene —casi se puede decir que nunca ha tenido— los contornos claros (y alejados de la realidad) con los que se configuraron a finales del siglo XIX. Conviene recordar aquí la claridad con la que Santamaría Pastor rechaza la separación radical entre ambas figuras y acaba situando el debate posiblemente en el lugar más atinado, configurándolo como un problema de política legislativa del nivel de intervención que se quiere exteriorizar a los operadores jurídicos, con independencia del que realmente sostenga ese título concreto: «La evolución legislativa ha terminado por difuminar por completo los límites entre la autorización y la concesión... hay múltiples supuestos de autorización que operan en supuestos en los que no preexiste derecho alguno del particular autorizado, pero también existen supuestos de concesiones que operan sobre actividades que no han sido objeto de *publicatio*, esto es, asumidas como propias por la Administración, y actividades declaradas servicios públicos que, sin embargo, se ejercitan por los particulares mediante autorizaciones, no mediante concesiones... (y, en fin) la ley ha creado múltiples supuestos de autorización de actividades que habilitan a la Administración para un seguimiento y vigilancia permanentes de su desarrollo, y que otorgan a ésta poderes de intervención más severos y constrictivos que los que se prevén en la generalidad de las concesiones.— Por todo ello, las diferencias entre autorización y concesión son hoy meramente convencionales. El legislador

utiliza uno u otra técnica según que pretenda aparentar (meramente aparentar) un nivel de intervención mayor o menor en la actividad controlada; pero la preexistencia o no de un derecho en el patrimonio del particular, el carácter declarativo o constitutivo de una y otro y el carácter más o menos enérgico de las potestades de intervención son extremos que el legislador diseña, después, a su capricho».

En palabras del Tribunal Supremo, entre otras, la STS de 4.11.1997 recuerda que «la diferenciación entre concesión y autorización, sobre todo en la utilización de bienes de dominio público, es una de las cuestiones menos pacíficas en la teorización del Derecho administrativo, falta de consenso que se ha trasladado a la legislación y a la doctrina jurisprudencial, ya que los caracteres que se consideran como propios de una u otra categoría se trasvasan sin grandes perturbaciones».

Aunque se podrían traer a colación otros ejemplos, posiblemente el que mejor ilustre la ductilidad de las figuras jurídicas comentadas para el uso del demanio es la autorización para la instalación de infraestructuras de telecomunicaciones, que ocupan en la mayor parte de las ocasiones bienes demaniales gestionados por los Ayuntamientos, a través de instalaciones que no son fácilmente desmontables. Más allá del debate que hubo con la Ley General de Telecomunicaciones de 1988, como tuve ocasión de manifestar creo que lo más razonable es separarlo del esquema tradicional y estructurarlo como lo que es un título propio, la autorización de uso que nos ocupa no es ni licencia ni concesión ni autorización reglamentada ni servidumbre, sino que se trata de una figura jurídica atípica, singular, no incluíble en ninguna de las categorías habituales. Tiene algunos rasgos de la licencia pero no es licencia; de la misma manera que tiene algunos rasgos de la concesión pero no es concesión. Las especialidades que presenta hacen que el debate conceptual resulte superfluo en casos como el descrito cuando la realidad nos abre paso, postmoderno, a figuras que rompen unos moldes que dejaron de ahormar de forma definitiva cualquier título habilitante.

5.3. *Otras formas de acceder a la utilización privativa del dominio público*

No obstante, además hay supuestos en la legislación en los cuales se va a permitir la utilización privativa de un bien público por disposición legal. Así, el titular de una finca tendrá el derecho al aprovechamiento de las aguas pluviales o estancadas y el operador de telecomunicaciones tendrá un derecho genérico a la ocupación privativa del dominio público para la instalación de sus infraestructuras, aunque luego haya de obtener un título concreto.

En ocasiones, esta atribución del título por ley es un mecanismo compensatorio ante una privación singular de derechos sobre bienes públicos, tal como recoge la Disposición Transitoria 1ª y 2ª de la Ley 22/1988, de costas. Esta modalidad de título «es una concesión compensatoria, que habilita al particular a continuar el uso y aprovechamiento excluyente de un terreno que era de su propiedad como forma de compensación o justiprecio por la privación de ese derecho que legítimamente ostentaba hasta el momento. Por ello, su otorgamiento no se realiza en función de la apreciación casuística de los intereses generales, sino que tiene un carácter reglado y debido». Lo cual motiva

que su régimen tenga un conjunto amplio de diferencias con el régimen general del dominio público marítimo-terrestre, a cuya explicación me remito.

Lo que las últimas leyes han eliminado es la posibilidad de adquirir el uso privativo de un bien público por prescripción. De hecho, para romper la tradición que existía en algunos sectores demaniales lo han prohibido de forma expresa.

6. CONCESIONES DEMANIALES Y CONCESIONES DE SERVICIO PÚBLICO

6.1. En general

Que nos encontremos ante un servicio público hace que las normas reguladoras de éste mediaten por completo el régimen de utilización de los bienes públicos, ya sea cuando sean bienes afectos directamente a uno de ellos, ya sea cuando sirvan como base material para la prestación de un servicio público municipal o provincial.

En relación con la primera variante, el artículo 74.2 RBEL lo señala con total claridad cuando dispone «el uso de los bienes de servicio público se regirá, ante todo, por las normas del Reglamento de Servicios de las Entidades Locales y subsidiariamente por las del presente». Es una norma que encuentra su lógica en que es el aspecto dinámico de los bienes, el de su utilización, el que motiva su incorporación al dominio público y, por ello, las normas directas de prestación del servicio serán las que acaben de configurar el régimen de los bienes.

La importancia de las normas del servicio público se extiende, en determinadas ocasiones, también a los bienes de uso público. El artículo 74.3 RBEL dispone en este sentido que «las normas del reglamento de servicios serán asimismo de preferente aplicación cuando la utilización de bienes de uso público fuere solo la base necesaria para la prestación de un servicio público municipal o provincial». Fruto de lo cual, con otra redacción se incorpora al artículo 91.4 LPAP, precepto de naturaleza básica, que dispone lo siguiente:

Las autorizaciones y concesiones que habiliten para una ocupación de bienes de dominio público que sea necesaria para la ejecución de un contrato administrativo deberán ser otorgadas por la Administración que sea su titular, y se considerarán accesorias de aquél.

Estas autorizaciones y concesiones estarán vinculadas a dicho contrato a efectos de otorgamiento, duración y vigencia y transmisibilidad, sin perjuicio de la aprobación e informes a que se refieren los apartados anteriores de este artículo.

No será necesario obtener estas autorizaciones o concesiones cuando el contrato administrativo habilite para la ocupación de los bienes de dominio público.

Esta es una regla que rige incluso en los supuestos de duplicidad de concesiones — de dominio público y de servicio público —, a través del principio de atracción de la concesión demanial por la de servicio, sin que ello suponga, tal como ha reconocido la jurisprudencia una total pérdida de individualidad de aquélla. Así, en un sentido similar se ha pronunciado la jurisprudencia, de la que puede servir de muestra la Sentencia del Tribunal Supremo de 4.7.1996 a cuyo tenor «el denominado principio de atracción de las concesiones demaniales por las de servicio... no conduce a que pierdan aquéllas su total virtualidad sino que da lugar al fenómeno de la accesoria concursal subor-

dinándose la concesión de dominio indispensable para la de servicios, sin que por ello se pierda totalmente la demanial subordinada, aunque siga las vicisitudes legales de la principal (relación que) exige que en el caso de que las concesiones de servicio impliquen concesión de dominio subordinado, hayan de otorgarse observando los requisitos esenciales para la concesión de utilización del dominio público, sin que en modo alguno puedan degradarse a mero carácter de autorizaciones o licencias de policía... de tal modo que no es dable prescindir del régimen jurídico del dominio público... y si bien cabe reconocer un derecho al concesionario para la utilización privativa del dominio público necesario para el servicio que presta y, por ello, no puede exigírsele que se someta su otorgamiento a libre licitación, ni puede hablarse de que en tales casos sea discrecional la facultad de otorgar las concesiones necesarias para la prestación del servicio, *mucho menos podrá equipararse la concesión a una mera autorización o licencia, limitada a remover los obstáculos que se opongan al ejercicio de la actividad de los administrados*».

6.2. El principio de subordinación del dominio público al servicio público

Como se ha visto en el epígrafe precedente, uno de los elementos más importantes es el de subordinación del demanio al servicio público, o, por recoger la fórmula de la sentencia citada en último lugar, la atracción del dominio público por el servicio público.

Pero no debemos pensar que se refiere sólo a bienes públicos: incluso en los bienes de titularidad privada, la situación es similar, tal como lo muestran las servidumbres de paso para la instalación de líneas eléctricas de la legislación que apareció en los años 70 o la servidumbre para las infraestructuras de telecomunicaciones que se recoge en la normativa desde los años 90 del siglo pasado. Su fundamento constitucional está, en la actualidad, en el sometimiento de la riqueza del país al interés general.

El régimen del servicio público prevalece sobre el régimen del dominio público. Es una consecuencia de que la afectación principal del bien pasa a ser el cumplimiento de las obligaciones de servicio público, de tal manera que su régimen se modula para la consecución del objetivo.

Por ello, se refuerza el régimen de la indisponibilidad, de tal manera que no cabe la desafectación de los bienes, aunque sea con el mantenimiento del servicio, salvo que una norma especial así lo admita.

7. CONCESIONES DEMANIALES Y OTRAS MODALIDADES DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA: EN PARTICULAR, SU SOMETIMIENTO A LA NORMATIVA URBANÍSTICA

7.1. El sometimiento a la normativa urbanística

El otorgamiento de la concesión demanial es el penúltimo paso antes de que se pueda proceder a la edificación de las instalaciones habilitadas, consistente en su adecuación a la restante normativa, dentro de la que ocupa un papel central la de carácter urbanístico, por lo que me voy a detener en este supuesto. De hecho, el concesionario se obliga, entre otras cosas a «solicitar todos los títulos habilitantes que sean necesarios

para la utilización del bien público para el fin reflejado en el título», tal como dispone el artículo 92.7 e) LPAP.

El sometimiento a la normativa urbanística opera en un doble estado: el relativo a la planificación territorial —con el añadido importante de la ordenanza complementaria al plan— y el correspondiente a las licencias de obra. Es preciso disponer de un título habilitante de la *realización material de las obras*. La superposición de la licencia municipal de obras con la eventual autorización de ocupación y uso del dominio público y con otras autorizaciones o concesiones estatales es un principio inequívoco de nuestro Derecho que está sancionado, entre otros, en el artículo 178 del TRLS'76 y el artículo 84 de LBRL y en diversa normativa urbanística, tal y como se verá en seguida.

La anterior afirmación —que resulta indiscutible en los supuestos ordinarios— ya no parece tan clara cuando se conecta con un procedimiento que responde al tipo de la concesión demanial. Porque si leemos, por ejemplo, el artículo 84 c) del RBEL nos encontramos con que el proyecto debe ir acompañado de «planos de detalle de las obras que, en su caso, hubieran de ejecutarse». En su consecuencia, al aprobarse el proyecto quedan aprobados esos planes de obras, con lo que, con posterioridad, resultaría redundante volver a examinarlos (y a aprobarlos) en un expediente que permita el otorgamiento de la licencia de obra; máxime cuando la primera aprobación se ha realizado en un procedimiento que ofrece iguales o mayores garantías que el correspondiente al otorgamiento de la simple licencia (y cuyas tasas podrían incluso acumularse en la liquidación del primer expediente). No sería más que aplicar una solución similar a la contemplada en el Reglamento estatal de Disciplina urbanística, cuyo artículo 1.9 libera de licencia los *movimientos de tierra* que «estén detallados y programados como obras a ejecutar en un proyecto de urbanización o de edificación aprobado o autorizado» y que es materialización del principio de eficiencia.

La realidad muestra que la abundancia de controles administrativos es la consecuencia de los diversos tipos de intervención que realiza cada uno de los entes públicos, con independencia de que se pudiera considerar un control duplicado. Las leyes lo recogen precisamente por lo contrario, por tener finalidades diferentes, cuya competencia, en muchas ocasiones radica en entidades distintas. Así sucede, por ejemplo, con artículo 151.2 de la Ley de la Comunidad de Madrid 9/2001, de 17 de julio, del suelo, en el que se afirma taxativamente que «están también sujetos a licencia urbanística los actos de uso del suelo, construcción y edificación que realicen los particulares en terrenos de dominio público, sin perjuicio de las autorizaciones o concesiones que deba otorgar el ente titular de dicho dominio».

Esta solución que hoy recoge la mayor parte de las normas urbanísticas había sido ya sancionada de forma constante del Tribunal Supremo como luce en su sentencia de la Sala 4ª de 20.12.1987, al afirmar que «son distintas las licencias otorgadas para la realización de las obras y de la actividad de depósito subterráneo de gasóleo y la autorización de ocupación de terrenos de dominio público... y no se alegue que la licencia cubre la ocupación del suelo público porque es claro que el trámite seguido lo fue para la autorización de la actividad de almacenamiento de gasóleo no para una ocupación de dominio público». Siendo de notar aquí, además, que el Tribunal utiliza en el texto

citado la expresión «autorización de ocupación» para referirse a lo que en el resto de la sentencia se califica expresamente de «concesión», declarando que este tipo de ocupaciones debe ser considerado como un uso privativo. La consecuencia de lo anterior es radical: una concesión contra el planeamiento será nula de pleno derecho, tal y como ha señalado la jurisprudencia.

Para evitar este tipo de cuestiones se han arbitrado soluciones que agilizan el procedimiento. Así, el Plan especial de redes de telecomunicaciones de Barcelona ha establecido la prudente cautela de exigir que los dos títulos habilitantes acumulados —la licencia urbanística y la autorización de uso— sean otorgados conjuntamente. En este sentido, lo que en cualquier caso parece inevitable son las reiteraciones en lo que se refiere a las condiciones de realización de las obras. Piénsese a tal propósito que primero han de establecerse en la Ordenanza, y luego en el Proyecto, que ha de contener el pliego de condiciones si procede, para la realización de las obras (artículo 84 del RBEL), y, en fin, en la propia licencia. Estas reiteraciones son conocidamente habituales en muchas actividades municipales y se justifican por el principio de legalidad y por la utilidad práctica de los procesos de concreción gradual de disposiciones generales previamente establecidas.

Los preceptos establecidos en las Ordenanzas son tendencialmente genéricos y con frecuencia «habilitantes», es decir que autorizan al Ayuntamiento a que imponga las condiciones que allí se prevén en la medida en que en considere oportuna en cada caso singular, teniendo siempre presente que «la actividad de intervención se ajustará a los principios de legalidad, igualdad, proporcionalidad y congruencia con los motivos y fines que justifiquen la potestad y el respeto a la libertad individual» (artículo 84.2 LBRL). De esta manera, y según las circunstancias, en la licencia se reproducirán algunas condiciones establecidas en la Ordenanza, pero también se concretarán otras que en la norma estaban genéricamente enunciadas y autorizadas.

7.2. En particular, la ordenación del subsuelo para la ordenación de sus usos privativos

Desde un punto de vista urbanístico, la mayor parte de las infraestructuras de los servicios transcurren preponderantemente por el subsuelo —aunque se vuelven a ver algunos municipios que las admiten en las fachadas de los inmuebles—, que, además, tiene la característica de ser, en la mayor parte de los supuestos, subsuelo del dominio público gestionado por las Corporaciones Locales. La incardinación del subsuelo dentro de la legislación urbanística, y por consiguiente del planeamiento, es un dato que se acepta en la actualidad por la doctrina y que las propias leyes declaran con énfasis singular en lo que se refiere a las redes e instalaciones de servicios. Yendo aún más allá, se da por supuesto que el recurso a los planes urbanísticos es el mejor —casi por ser el único— instrumento al que se puede recurrir para evitar las consecuencias negativas de una instalación indiscriminada de infraestructuras en el subsuelo.

Como así se pronuncian de ordinario los autores que se ocupan del tema, valga, por todos, la cita de un trabajo antiguo de ARGULLOL pero que es especialmente actual: «ante una situación como ésta no puede extrañar que el requerimiento de una inter-

vención planificadora se constituya en un elemento de auténtica urgencia». Y así ha de ser, en efecto, si se piensa que el planeamiento, debidamente desarrollado, es la pieza donde se insertan con eficacia los dos ordenamientos jurídicos que están en juego. Utilizando las palabras de Sánchez Marín, «la normativa urbanística es consciente de la fuerte relación que existe entre las redes de estos servicios y el desarrollo urbanístico de la ciudad, y esta es la razón de que tanto su trazado como sus características técnicas fundamentales se contemplen como una de las determinaciones del plan general. En este sentido qué duda cabe que las telecomunicaciones por cable son servicios que requieren de una red de distribución similar al resto de los servicios urbanos mencionados en la legislación del suelo. Por ello, en buena lógica, también las características y trazados de las redes de telecomunicaciones podrán venir ordenadas por el plan».

El marco que puede ser más adecuado para contemplar estos aspectos es la configuración de un plan especial. NIETO ya hizo referencia a la eficacia que podían desplegar estos planes especiales «para ajustar a la realidad social, específica y cambiante, las rigideces de los planes generales de ordenación. El planeador puede tener previstos determinados usos del suelo y del subsuelo en los planes generales y parciales; pero si esto no bastase, si al calor del progreso surgieran nuevas posibilidades de utilización del suelo y del subsuelo, puede echar mano del planeamiento especial para atenderlas».

8. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS CONCESIONES DEMANIALES

8.1. *La Administración concedente*

Las concesiones demaniales han de ser otorgadas, por la naturaleza de lo bienes concedidos por parte de una Administración pública. El problema central consiste en determinar cuál sea la encargada.

El problema vincula a uno de los más delicados de la teoría general del dominio público, el de la titularidad. Como ya tuve ocasión de señalar, esta es una cuestión que tiene un problema grave de planteamiento que conduce a señalar que los bienes demaniales disponen de titular. La titularidad, en el Derecho público y en el Derecho privado, no es nunca de bienes sino de relaciones jurídicas que se proyectan sobre éstos. La titularidad no es una condición baladí sino que por el contrario, de acuerdo con lo indicado por De Castro «ofrece la ventaja de mostrar la íntima relación entre el porqué del poder (título) y éste mismo. Pudiendo entenderse por titularidad a la <cualidad jurídica que le confiere a una persona el estar en una relación jurídica, en cuanto determinante de las facultades que por ella se le atribuyen>». En el derecho privado, la afirmación cotidiana de «Juan es titular de un inmueble» está simplificando la expresión más correcta técnicamente de «Juan es titular de un derecho de propiedad» sobre el inmueble en cuestión. En el Derecho público el problema es similar y se articula en unos bienes demaniales sobre la idea de la competencia y en otros sobre la idea de la titularidad del derecho de propiedad, aunque el número de concesiones sobre estos últimos sea, en principio menor, y vinculados en la mayor parte de ellos a concesiones de servicios.

De hecho, en el dominio público más propio, como espacio abierto al ejercicio de las competencias por parte de todos los entes públicos —tal como lo configuró la STC

77/84—, es un excelente botón de muestra de cómo juegan las competencias. Desde luego, no se articulan sobre la idea de la titularidad de los bienes sino sobre la idea funcional que da sentido a la propia existencia del dominio público. Es, por lo demás, una idea que ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional, como entre otras la STC 227/1988, igualmente expresivo, recalcando que el elemento prioritario no es el bien sino la competencia ejercitada, que (el subrayado es mío):

«La titularidad estatal del dominio público hidráulico no predetermina, como se ha dicho, las competencias que el Estado y las Comunidades Autónomas tienen atribuidas en relación con el mismo. Si es cierto, como alega el letrado del Estado, que del artículo 149.1.22 de la Constitución no se deriva la titularidad dominical autonómica sobre las aguas que, en virtud de ese precepto, los recurrentes califican de intracomunitarias, pues ello responde a una concepción patrimonialista del dominio público que no se desprende del texto constitucional ni de los Estatutos de Autonomía, también lo es que no cabe servirse de esa misma concepción para sostener, sin más, que al Estado corresponden una serie de potestades exclusivas sobre las aguas públicas en concepto de dueño de las mismas. *Por ello, lo que importa es analizar los preceptos constitucionales y estatutarios que regulan la distribución de competencias en esta materia*».

Con ello se llega al punto central: a la hora de examinar qué Administración es la que ha de otorgar la concesión demanial no hay que entrar a analizar más que la distribución de competencias en la materia afectada. Es consecuencia de la regla asentada en la jurisprudencia constitucional: como señaló la STC 149/91, «la potencialidad expansiva del dominio público como título de intervención administrativa se ve drásticamente limitada por el orden constitucional de competencias». Sólo existirán aquellos poderes que se atribuyan previamente, que se proyectarán tanto sobre bienes de dominio público como sobre bienes de propiedad privada. Este hecho de resaltar la importancia de la competencia funcional en lugar del bien hará que el otorgamiento de una concesión de aguas en cuenca intercomunitaria no será similar a una intracomunitaria, por ejemplo.

La Administración competente en ocasiones ha procedido a crear personas jurídicas instrumentales que son las encargadas del otorgamiento de las concesiones. El caso de las Autoridades Portuarias, o el de la propia AENA, o las Confederaciones Hidrográficas que tienen las competencias desconcentradas de la Administración matriz.

8.2. *El concesionario*

La segunda parte del negocio concesional está constituido por el concesionario, esto es la persona física o jurídica que va a utilizar privativamente el bien concedido para afectarlo a la finalidad prevista en el título. Como se verá inmediatamente, múltiples son las situaciones ante las que nos podemos encontrar en las que el ordenamiento jurídico proporciona respuestas variadas, teniendo en cuenta todos los intereses en presencia.

En términos generales los requisitos que se exigen al concesionario han de resultar concretados en cada una de las normas reguladoras de los sectores demaniales o en los instrumentos administrativos en los que se recojan las modalidades de utilización. Así, puede existir exigencias de que sean personas jurídicas —como ocurre en el caso de los

hidrocarburos— o que sean personas físicas —como ha ocurrido tradicionalmente con ciertas ocupaciones de los viales de las ciudades para quioscos, para atender a ciertas finalidades de interés general, sometidos a un *test* de proporcionalidad y vinculados a las finalidades públicas recogidas constitucionalmente en el marco del Estado social—. Pueden existir, asimismo, limitaciones por razón de nacionalidad lo que obliga a diferenciar entre nacionales comunitarios, que están sometidos al régimen de las libertades comunitarias y los demás ciudadanos extranjeros, en cuyo caso se suele exigir la prueba de reciprocidad del país de origen del posible concesionario —p. Ej., arts. 89 y ss. de la Ley de minas.

En principio, las personas jurídico-públicas no suelen ostentar la condición de concesionarios de dominio público, en la medida en que acostumbran a disponer de títulos específicos, tales como las adscripciones que están recogidas en la Ley de costas o las adscripciones. Ahora bien, nada obsta para que en ciertas ocasiones ostenten la condición de concesionario, ya sea como consecuencia directa de la ley —tal como ocurre con las concesiones de agua para abastecimiento de poblaciones, cuyo servicio es de titularidad municipal por aplicación de lo dispuesto en el art. 86.3 LBRL— ya sea por aplicación de los principios generales de ordenación de usos de un sector demanial en los que un ente público se ha postulado para ejercer la condición de concesionario.

A estos elementos de carácter general la regla básica es que el concesionario ha de estar habilitado para el cumplimiento de la finalidad de interés general que está ínsita en toda concesión de dominio público. La concreción de los elementos que se precisan para cada título vendrá proporcionada en condiciones usuales por los pliegos de cláusulas administrativas que serán los que especifiquen los requisitos —económicos, técnicos, profesionales o incluso personales— que se van a exigir a los concesionarios, teniendo en cuenta las finalidades a las que se van a destinar los bienes públicos, que actúan como parámetro de proporcionalidad de la medida.

Por último, conviene recordar que en el concesionario tiene que cumplir con ciertos deberes de honorabilidad y, de hecho, en él no pueden concurrir ninguna de las prohibiciones de contratar que recoge el artículo 49 de la Ley de Contratos del Sector Público. Si aparecieran con posterioridad al otorgamiento del título, «se producirá la extinción de la concesión» (artículo 94 LPAP).

9. LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL CONCESIONARIO

9.1. Aspectos generales

La regulación que proporciona la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas intenta clarificar cuál es la situación del concesionario con respecto a los bienes construidos en la parcela concedida. Sin lugar a duda, es el aspecto más relevante para el concesionario en la medida en que es lo que clarifica cuál es el contenido de la relación que le une con la Administración. La verdad es que lo que se puede afirmar es que la ordenación que proporciona la LPAP no es precisamente clara, e incluso se podría indicar que induce a confusión. En nuestro análisis, el punto de partida está constituido

por el artículo 97 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones públicas, que dispone lo siguiente:

El titular de una concesión dispone de un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido para el ejercicio de la actividad autorizada por el título de la concesión.

Este título otorga a su titular, durante el plazo de validez de la concesión y dentro de los límites establecidos en la presente sección de esta Ley, los derechos y obligaciones del propietario.

Un reconocimiento tan nítido de los derechos del concesionario sólo puede ser la consecuencia de que se pretenda proporcionarles un plus de seguridad jurídica y, al mismo tiempo, favorecer el que puedan acceder al mercado de capitales con el respaldo del título. Ahora bien, parece legítimo plantearse hasta dónde se llega realmente con lo dispuesto en el artículo 97 LPAP, ya que de una lectura rápida de la ley podría extraerse una visión distorsionada ya que la situación del concesionario se sitúa fuera de la situación del propietario, a pesar de que pudieran disponer de facultades similares, lo cual no es infrecuente en el ordenamiento jurídico. De hecho, profundizando un poco se puede apreciar que, tal como ha señalado Jiménez-Blanco, nos encontramos ante un «evidente exceso semántico», que resulta de la comparación con las facultades normales del propietario tal como las reconoce el ordenamiento jurídico, más allá de la diversidad que hay detrás de cada una de las situaciones propietarias.

De entrada, en relación con la posibilidad de disponer del derecho concedido, no se puede olvidar las evidentes restricciones que recoge la propia legislación patrimonial. El artículo 98.1 LPAP dispone, en este sentido que «los derechos sobre las obras, construcciones e instalaciones de carácter inmobiliario a que se refiere el artículo precedente sólo pueden ser cedidos o transmitidos mediante negocios jurídicos entre vivos o por causa de muerte o mediante la fusión, absorción, o escisión de sociedades, por el plazo de duración de la concesión, a personas que cuenten con la previa conformidad de la autoridad competente para otorgar la concesión», a lo que le ha faltado añadir que dependiendo del objeto concedido las facultades serán diferentes. En términos similares se pronuncia la LPAP sobre el negocio transmisivo indirecto típico que recoge la ley, la hipoteca de la concesión, señalando que «en todo caso, para constituir la hipoteca será necesaria la previa autorización de la autoridad competente para el otorgamiento de la concesión, si en la escritura de constitución de la hipoteca no constase esta autorización, el registrador de la propiedad denegará la inscripción» (artículo 98.2.2).

En segundo lugar, la capacidad de disfrute de la cosa objeto de la concesión también resulta bastante limitada, precisamente por la vinculación al interés general que es precisamente lo que habilita para el otorgamiento del título. En este caso no se puede olvidar que la concesión tiene incorporada la finalidad para la que se construye el bien en el dominio público y, por consiguiente, con ello se están delimitando las posibilidades de explotación económica y de disfrute de la misma producto del título administrativo por parte del concesionario.

En estas condiciones, la titularidad de la obra, aunque recaiga en el concesionario mientras dura el título administrativo, no proporciona una capacidad de actuación de la misma naturaleza de la del propietario de un bien. Por expresarlo con las palabras de

Jiménez-Blanco, el derecho del concesionario, ese derecho real que le reconoce el artículo 97 LPAP, el que es objeto de la concesión, «no sólo es que es menor que una propiedad. Es que es distinto. Por eso, el autor de la LCAP ha querido reformular el punto de equilibrio de las prestaciones, dando al acreedor hipotecario, en caso de que la obligación garantizada no se viera satisfecha, unas situaciones subjetivas activas de los que carece en el caso de hipoteca ordinaria». Esto es, detrás de la denominación como propietario, el legislador ha configurado un régimen jurídico que reduce las facultades que por regla general se otorga a los titulares de este derecho, algo que, por otra parte, es lógico si tenemos en cuenta la vinculación de lo construido a una necesidad de interés general.

9.2. El concesionario como titular de un derecho/deber a la ocupación privativa del dominio público

El derecho fundamental que ostenta el concesionario es el derecho a la ocupación privativa de la porción del dominio público concedida. Esto es, proporciona al concesionario, el derecho a «la ocupación de una porción del dominio público, de modo que limite o excluya la utilización por los demás interesados», tal como recoge, entre otros, el artículo 75.2 RBEL.

Este derecho se traduce en la disponibilidad del recurso para atender a la finalidad determinante de su otorgamiento y en las condiciones previstas en el título. Con ello se elimina la exigencia de que el derecho a la ocupación privativa sea un derecho exclusivo y excluyente, en la medida en que, siempre que sea posible, cabrán utilizaciones alternativas de los bienes que no impidan la primaria. Lo que se traduce, asimismo, en la eventualidad de prioridades de utilizaciones para atender a aquellas finalidades que sean de mayor importancia colectiva, como ocurre, en concreto, con las concesiones de aguas y como, en general, recoge el artículo 6 LPAP proporcionando valor prioritario a los usos comunes sobre los usos privativos. Y también, en el hecho de que por causas naturales se puede alterar el propio bien concedido, sin que ello suponga la responsabilidad de la Administración por la diferencia de objeto.

La condición de usuario privativo del bien de dominio público no es exclusiva del concesionario demanial. La propia LPAP y, con carácter previo y posterior, otras leyes de sectores demaniales otorgaron un derecho similar a ciertas ocupaciones para las que iba a ser necesario el título de la autorización. Son supuestos que pueden ser o bien de poca importancia —las construcciones desmontables en las playas, por ejemplo— o que requieren obras de mayor consideración y que en el fondo son similares a las que requieren concesión —como ocurre con las autorizaciones para infraestructuras de servicios—. De hecho, el artículo 86 LPAP lo recoge cuando afirma que el uso privativo «cuando la ocupación se efectúe únicamente con instalaciones desmontables o bienes muebles, estarán sujetos a autorización o, si la duración del aprovechamiento o uso excede de cuatro años a concesión». En todo caso, a lo señalado sobre la convergencia entre autorización y concesión y su diferencia en función de requerimientos de política legislativa me remito.

El derecho a la ocupación privativa del dominio público es para una finalidad específica, que está recogida en el título y en el que se combina necesariamente el interés general y el interés privativo del concesionario. El otorgamiento de la concesión no sirve, en consecuencia, para cualquier tipo de ocupación y, de hecho, el artículo 192.1. e) LPAP considera un hecho tipificado como infracción grave «el uso de los bienes de dominio público objeto de concesión o autorización sin sujetarse a su contenido o para fines distintos de los que las motivaron».

La finalidad determinada en el título concesional ha de ser, asimismo, consecuente con el acto de afectación. De entrada, el interés que tiene la modalidad de utilización del bien ha de ser de la suficiente importancia para que el título se otorgue, en la medida en que es uno de los principios de gestión demanial el de la preferencia del uso común frente al uso privativo. Es una utilización que se ha de salvaguardar siempre el interés general, que «no se compone únicamente de las exigencias de salvaguarda de las dependencias demaniales y de su afectación, sino también de las derivadas de su necesaria explotación racional». Como señala el artículo 5 de la Ley del Suelo, en relación con los bienes demaniales hay un deber ciudadano de «respetar y hacer un uso racional y adecuado, acorde en todo caso con sus características, función y capacidad de servicio». Todo ello obliga a la incorporación al proceso de otorgamiento de la concesión y, en su caso, al propio título, todos los valores que estén ínsitos en los bienes y los principios constitucionales de gestión de los mismos. Aquí los aspectos de protección medioambiental juegan un papel central, pero al mismo tiempo otros como los de protección del patrimonio histórico habrán de ser tenidos en cuenta por las Administraciones públicas tanto a la hora de otorgar o denegar la concesión como en el momento de incorporar cláusulas accesorias que sirvan para la mejor protección de los intereses generales.

Los valores que estén ínsitos en los bienes juegan además en cuanto al modo en que se ha de efectuar el uso. Hay un deber del concesionario de utilizar el «bien de acuerdo con la naturaleza del bien, con el compromiso añadido de devolverlo a la administración en el estado que se reciba. Esto último lleva aparejado, asimismo, la obligación de mantenimiento en buenas condiciones el bien concedido durante el período que dure el título administrativo», tal como dispone el artículo 92.7 d) LPAP. Téngase en cuenta, asimismo, que la producción de daños al demanio está tipificado —con gravedad diferente en función de la intensidad del daño— y que hay un deber genérico de restitución del bien dañado a la posición anterior a la producción del mal.

Es, además, un derecho limitado en el tiempo. Es un elemento central de la ocupación el de la determinación de su plazo, tal como disponen todas las normas reguladoras del dominio público. No hacer las concesiones limitadas en el tiempo constituye una pretensión que es *incompatible con la naturaleza del dominio público*. Porque ciertamente nada quedaría del dominio público si resultase que su titular habría de tolerar las intromisiones de terceros habilitados por un título otorgado por una Administración ajena y, además, habría de tolerar indefinidamente esta ocupación. En estas condiciones es evidente que ya no podríamos seguir hablando de dominio público sino de una propiedad enajenada o de una servidumbre perpetua; y no hay que olvidar que el dominio público tiene una existencia garantizada por la Constitución.

El plazo vendrá determinado en el título, habiéndose preocupado las normas de fijar el máximo admisible. Así, como señala el artículo 93.3 LAP *las concesiones se otorgarán por tiempo determinado. Su plazo máximo de duración, incluidas las prórrogas, no podrá exceder de 75 años, salvo que se establezca otro menor en las normas especiales que sean de aplicación.* De hecho, el transcurso del tiempo es una causa de extinción de las concesiones, que suele ser automática, aunque requiera un acto concreto de la administración, que es condición necesaria para la extinción del título, tal como ha señalado la jurisprudencia.

La utilización del dominio público no es sólo un derecho sino un deber, que debe ser ejercido por el concesionario. De hecho, es causa de extinción de las concesiones la falta de utilización durante un plazo, que varía en función del bien, ya que las normas reguladoras de los diversos sectores configuran periodos distintos. Es un deber que alcanza los de iniciación y conclusión de las obras para el cumplimiento del fin concesional.

9.3. El concesionario como titular de un derecho con contenido patrimonial

Por esta peculiaridad, el uso privativo tiene naturaleza con contenido patrimonial que dispone de las garantías constitucionales de los derechos patrimoniales y los mecanismos de defensa adecuados a este carácter patrimonial. Este contenido patrimonial tiene carácter de derecho real, de acuerdo con lo previsto en el artículo 97 LPAP: *el titular de una concesión dispone de un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido para el ejercicio de la actividad autorizada por el título de la concesión.* Es un derecho real de naturaleza administrativa, tal como ha señalado la doctrina, oponible contra terceros y contra la propia Administración, que habría de expropiarla en los casos de finalización anticipada de la misma. Como ha señalado PAREJO, «el derecho ni se extingue por causas distintas de las enumeradas en el artículo 100 de la Ley de Patrimonio, ni puede ser desconocido sin más por la Administración durante su período de vigencia. Antes de su extinción, pues, su sacrificio requiere la expropiación y su lesión en cualquier otra forma su debida indemnización».

De acuerdo con esta naturaleza, es transmisible, gravable, registrable y habitualmente supone el abono de un canon por parte del titular del título administrativo. Todo ello con condiciones muy particulares —como se verá más adelante— que dependerán de lo que disponga cada régimen especial de ordenación, como se verá en los capítulos siguientes de este volumen; aunque se expondrán las líneas generales en la explicación de la dinámica concesional. Y es un derecho que si tiene una nota que le caracteriza es el estar sometido en la mayor parte de sus actos a control administrativo, en la medida en que se ejerce sobre un bien demanial —sobre el que la Administración sigue ejercitando sus poderes de policía— y hay intereses públicos que proteger.

En todo caso, lo que sí ha de quedar claro es que se trata de un derecho real sobre el uso, dado que el bien seguirá formando parte del dominio público, con independencia de la exclusividad del uso.

9.4. En particular, la cláusula sin perjuicio de terceros

Uno de los aspectos más usuales de las concesiones demaniales es la denominada neutralidad administrativa que se deriva de la regla «sin perjuicio de terceros» que está

contemplada en la mayor parte de las normas de los sectores de bienes de dominio público, aunque no esté recogida en la norma general. Es una regla que encuentra su justificación en razones históricas, cuando a los entes públicos no resultaba razonable el exigir todos los derechos de aprovechamiento que pudieran existir en el dominio público y, menos aún, en el dominio privado.

Tal como ha señalado Fernández Acevedo, de la cláusula se derivan tres notas básicas: i) no altera la hipotética existencia de otros derechos que pudieran ser incompatibles con los que reconoce la concesión; ii) en el caso de materializarse el conflicto el concesionario deberá acudir a los Tribunales sin que la Administración disponga de resolver el conflicto a través de una decisión unilateral y iii) el otorgamiento de la concesión no genera responsabilidad de la Administración frente a terceros como frente al concesionario.

La razón histórica que justifica la existencia de la cláusula ha de ser matizada en la actualidad. Ni el principio de eficacia, ni el de eficiencia ni el propio principio de confianza legítima podrían justificar que la neutralidad administrativa que se deduce del principio se transforme en pasividad del ente concedente. Precisamente por ello, su aplicabilidad ha de someterse a un juicio de razonabilidad sobre su extensión y efectos, teniendo en cuenta el amplio abanico de posibilidades que tiene en la actualidad la administración para conocer titularidades de derechos contradictorias con la concesión otorgada, empezando por la propia llevanza de registros de usuarios.

9.5. Las concesiones de dominio público otorgadas en precario

Las conclusiones anteriores sobre el contenido del título concesional y, en particular, sobre los derechos del concesionario conducen directamente a la cuestión de la admisibilidad de las concesiones de dominio público otorgadas en precario, en la medida en que pueden suponer la eliminación de los derechos del concesionario.

Creo que, tal como señala Desdentado, se han de permitir en general las concesiones de dominio público otorgadas en precario, aunque estas cláusulas sean más usuales en las autorizaciones, por la levedad del uso y la poca importancia de las construcciones efectuadas. Pero hay diversas razones que justifican la existencia de estas concesiones demaniales en precario, incluso en los supuestos en los que no está expresamente recogido en la ley, al configurarse como una potestad implícita en la de otorgar títulos concesionales.

Por un lado, porque el detrimento de la seguridad jurídica que existe al poderse revocar en cualquier momento ha de ser complementado con los restantes principios recogidos en el texto constitucional, y «los inconvenientes de esa incertidumbre pueden verse compensados por los beneficios que produce la inclusión de la cláusula, entre los que, por cierto, se encuentra el beneficio nada desdeñable de evitar una denegación de plano». El sacrificio patrimonial no atentaría, en este sentido, contra el derecho del artículo 33 de la Constitución, debido a que precisamente su derecho consiste en la utilización de la porción demanial concedida en las condiciones que señala el título, esto es, asumiendo la cláusula de precario, que precisamente delimita el contenido del dere-

cho en función del ejercicio de la facultad de libre revocación por parte de la Administración.

Obviamente, la inclusión de la cláusula de precario ha de ser una consecuencia de la ponderación de intereses que existe en el otorgamiento concesional y, en particular, del interés público. Por ello, ha de estar justificada y está sometida a los límites del ejercicio de una potestad discrecional como es ésta; en particular ha de efectuarse un examen de razonabilidad entre la inclusión de la cláusula y las restantes obligaciones que se están imponiendo al concesionario.

10. EL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA CONCESIÓN: LA OBLIGACIÓN DE ABONAR EL CANON POR LA OCUPACIÓN PRIVATIVA DEL DOMINIO PÚBLICO

10.1. *Cuestiones generales*

La utilización privativa del dominio público, en condiciones usuales, lleva aparejado el abono de un canon por parte del concesionario a la Administración concedente. Ha sido una constante en nuestro ordenamiento jurídico desde tiempo inmemorial que ha de ser leído a la luz de las circunstancias actuales.

La LPAP no impone como obligatorio el abono del canon, admitiéndose en consecuencia la gratuidad de las concesiones demaniales, aunque no sea lo usual. Las concesiones, dispone el artículo 93.4 *podrán ser gratuitas, otorgarse con contraprestación o condición o estar sujetas a la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes del dominio público estatal regulada en el capítulo VII del Título I de la Ley 25/1998, de 13 de julio, de Modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público o a las tasas previstas en sus normas especiales*. Como se puede ver, tres opciones que encuentran su concreción en las normas reguladoras de cada sector demanial que incorpora un procedimiento de determinación de las cuantías.

El criterio que recoge la LPAP está vinculado al beneficio económico que recibirá el concesionario durante el período concesional, en una línea que se separa de lo que han previsto otras normas especiales. *No estarán sujetas a la tasa cuando la utilización privativa o el aprovechamiento especial de bienes del dominio público no lleve aparejada una utilidad económica para el concesionario, o, aún existiendo dicha utilidad, la utilización o el aprovechamiento entrañe condiciones o contraprestaciones para el beneficiario que anulen o hagan irrelevante aquélla*, dispone el segundo párrafo del artículo 93.4 LPAP.

El Consejo de Estado desde hace tiempo y determinadas normas especiales han insistido en que el criterio más importante para decidir sobre la gratuidad o no de la concesión es el del interés público; como mecanismo de salvaguardia de dicho interés, en la medida en que si se impone necesariamente la contraprestación económica «podría verse o anulada o gravemente reducida la contraprestación del concesionario, que es la que principalmente importa al interés público y respecto al cual el canon tiene el carácter de carga accesoria».

Posiblemente ni interés económico —como marca la LPAP— sólo ni interés público sólo. La contraprestación económica es una regla lógica por el derecho a la ocupación privativa que cumple diversas finalidades de interés general, dependiendo del

sector del demanio en el que nos encontremos; pero que en todo caso supone la recuperación por parte de la colectividad de las ventajas que ha proporcionado al concesionario. Por ello, la ausencia de contraprestación debe ser la consecuencia de una utilización con un importante beneficio para el interés general, a un coste para el que el concesionario no tiene suficiente solvencia. Pero se ha de tratar de un supuesto extraordinario, en la medida en que, si no fuera así, los riesgos económicos de la operación los asumiría en su integridad la Administración concedente, lo que no parece conveniente, sobre todo por constituir una suerte de privatización del dominio público, que está en las antípodas de su régimen.

10.2. En particular, apuntes sobre el régimen económico de las empresas de servicios en el dominio público local

Posiblemente uno de los regímenes más peculiares de los cánones por ocupación el dominio público es el de los operadores de servicios por la ocupación del dominio público local. El régimen actual de tributación de estas empresas resultará de la Ley 25/98, por la que se modifica la Ley de Haciendas Locales, dicha disposición que tenía la misión de adaptar el régimen de las Haciendas Locales a la sentencia del Tribunal Constitucional 185/98, en particular para modificar su consideración de precio público y pasar a la consideración fiscal de tasa por la ocupación del dominio público. Este cambio obligaba en la Disposición Transitoria 2ª a la modificación de las ordenanzas fiscales, que tendría que haberse producido el 1 de enero de 1999.

El nuevo artículo 24.1 de la Ley de Haciendas Locales fija el tipo porcentual en el «1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas». Que este sea un tipo obligatorio, que no se pueda modificar, no obsta para que, como ha señalado la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 5 de julio de 1999, hayan de aparecer fijados en las Ordenanzas, sin las cuales éstas resulten nulas.

Para que se pueda aplicar esta regla hace falta la aparición de una pluralidad de requisitos que sin duda concurren en las empresas de telecomunicaciones, como son: que el servicio afecte a la generalidad o una parte importante del vecindario, que la empresa sea explotadora de servicios de suministros y, por último, que la parte utilizada del dominio público municipal esté constituido por el suelo, el vuelo o el subsuelo de las vías públicas municipales.

Se trata de un tipo obligatorio y sin excepción alguna, tal y como se encarga de recordar el precepto. El primer interrogante surge precisamente al determinar en qué consisten esos ingresos brutos procedentes de la tributación, dado que en el sector de las telecomunicaciones las opciones que tienen los operadores son varias, dependiendo de que presente servicios de telecomunicaciones con o sin red propia y se exploten las redes prestando o sin prestar servicios ya sea voluntariamente o ya sea con la imposición de un alquiler como ocurre con la apertura del bucle local, en donde se fije una cantidad fija por usuario.

La jurisprudencia ha concretado algo el régimen fiscal de estas operaciones señalando que el concepto de ingresos brutos se corresponde con el de «importe de las ventas de mercaderías y prestación de servicios». El modo de registro de la prestación de los servicios debe ser el importe neto de las facturas sin incluir el IVA, sin reducir en partida contable alguna como puedan ser las provisiones por fallos.

El segundo elemento que debe ser destacado está constituido por la compatibilidad de la tasa por ocupación privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, que se calculará de arreglo a las reglas que se han señalado con anterioridad, con otra tasa por la prestación de servicios relativos o anejos a dicho aprovechamiento. El artículo 24.1 de la Ley de Haciendas Locales es en este punto claro al indicar que las tasas por ocupación del dominio público *son compatibles con otras que puedan establecerse por la prestación de servicios o la realización de actividades de competencia local, de las que las mencionadas empresas deban ser sujetos pasivos conforme a lo establecido en el artículo 23 de esta Ley.*

Se trata de un aspecto que resulta necesario matizar. Por un lado, el propio contenido del precepto hace referencia a que las nuevas tasas sean por la realización municipal de servicios o actividades de competencia local, no por el mismo hecho imponible realizado por el operador. De hecho, la finalidad de la norma está en hacerlas compatibles con las tasas correspondientes a las licencias de obras a las que se refiere el artículo 20.4 de la misma ley: «Las entidades Locales podrán establecer tasas por 4) otorgamiento de las licencias urbanísticas exigidas por la legislación del suelo y ordenación urbana». Esta compatibilidad de exacciones ha sido admitida de forma expresa por el Tribunal Supremo a partir de la sentencia de 24.11.1959 (Ar. 4321), que declara que, en efecto, son compatibles las tasas de apertura de zanjas y la tasa por ocupación del subsuelo en unos mismos terrenos de uso público, no siendo suficiente la segunda para legitimar el uso especial que se grava con la primera».

11. LA DINÁMICA DE LAS CONCESIONES DEMANIALES (I): SU TRANSMISIBILIDAD

Uno de los aspectos más relevantes del contenido de la concesión demanial es el régimen de su transmisibilidad, cuyos aspectos esenciales se explican en las páginas venideras.

Conviene señalar, no obstante, que el principio de continuidad en los servicios públicos no permite la transmisión de los bienes, salvo que estos hayan sido objeto de sustitución por otros que puedan continuar la prestación del servicio público. El artículo 128 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales lo somete a autorización expresa de aplicación excepcional.

11.1. Aspectos generales

La concesión de dominio público, desde el momento en que supone el reconocimiento de una situación privilegiada al concesionario manifestado en el derecho a la ocupación privativa del demanio, tiene un contenido económico que le proporciona capacidad para formar parte de negocios jurídicos variados, cuyo objeto puede ser directamente o no la propia transmisión de la concesión. De hecho, se puede afirmar

que uno de los aspectos más relevantes de su valor económico deriva precisamente de su capacidad para ser objeto de relaciones jurídicas.

El problema relevante que plantea esta aptitud para ser objeto de relaciones jurídicas es su armonización con el interés general que está en el origen del título concesional y que, desde luego, fue determinante de la selección del concesionario. No sólo afecta a las condiciones subjetivas del concesionario —obviamente muy importantes— sino también al destino que tiene la porción concedida del bien, que no se puede alterar por el hecho de la transmisión. Precisamente por ello, su materialización de su aptitud negocial está sometido a una serie de requisitos que delimitan las posibilidades del concesionario, para garantizar esa finalidad general. Incluso, habrá alguna concesión que, por el impacto que tiene el interés público, se impida la propia realización de negocios jurídicos, ya sea por recogerlo el título concreto, ya sea porque la propia Ley reguladora lo prohíbe con carácter general para esa tipología de títulos. No obstante, esto último es algo extraordinario en el contexto actual.

De hecho, como veremos a lo largo de las páginas siguientes, la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas contiene una regulación que es altamente permisiva de los negocios jurídicos sobre las concesiones demaniales, aunque sometida a autorización de la Administración concedente, tal como se recoge en el artículo 98.1 LPAP: «los derechos sobre las obras, construcciones e instalaciones de carácter inmobiliario a que se refiere el artículo precedente sólo pueden ser cedidos o transmitidos entre vivos o por cause de muerte o mediante la fusión, absorción o escisión de sociedades, por el plazo de duración de la concesión, a personas que cuenten con la previa conformidad de la autoridad competente para otorgar la concesión». Hay, además, un conjunto amplio de preceptos que vienen a reforzar de forma indirecta esta realidad.

La liberalización de actividades económicas que se está viviendo en los últimos tiempos tiene un impacto limitado en el tráfico de las concesiones demaniales. El régimen del dominio público ni está ni puede estar liberalizado en la medida en que esta característica atentaría contra el carácter inalienable e imprescriptible contemplado en el artículo 132 de la Constitución como manifestación de que se trata de un bien que está fuera del comercio. Dicho de otro modo, el régimen de transmisión tiene unas reglas propias, en garantías del interés general, que no se deben alterar por el contexto económico actual.

En una línea similar, y aunque pudiera resultar superfluo teniendo en cuenta el carácter inalienable del demanio, conviene recordar que el objeto del negocio jurídico sería el derecho a la utilización de la porción de bien público concedida y, en su caso, parte de las construcciones ejecutadas en el dominio público, en el caso de que no tengan carácter demanial, tal como ocurre, por ejemplo, en el artículo 93.1. d) de la Ley de puertos que expresamente otorga un derecho de propiedad temporal al concesionario sobre los bienes construidos en el objeto de la concesión.

El cesionario de la concesión asumirá la condición jurídica del concesionario, esto es, asumirá la integridad de los derechos y obligaciones del cedente, sin que esté permitido para la Administración el modificar sus condiciones, ni para el cesionario cambiar la finalidad para la que se otorgó la concesión o adquirir un estatus parcial. Esto es, todo

el contenido concesional, con sus condiciones particulares, será lo que se transfiera al cesionario, exactamente igual que se hubiera sido el concesionario originario; lo que significa que se le deben exigir todas las condiciones que formaron parte del título al que accede en segundo lugar. De igual manera, en el momento en que se materialice la cesión, el cedente perderá todos los derechos a la ocupación del dominio público que tenía con anterioridad, pasando a ostentar una condición similar a la de los restantes ciudadanos.

11.2. Condiciones para la transmisibilidad de las concesiones de dominio público

Aunque todas las concesiones dispongan de un valor económico susceptible de ser objeto de relaciones jurídicas, el régimen de transmisión no es común a todas ellas por las diferencias esenciales que existen en cuanto a su naturaleza. Hay dos líneas básicas sobre las que se articulan las diferencias: el carácter rogado o competitivo de los títulos y, en segundo lugar, el carácter personal o real de las concesiones. Comencemos por esto último. No obstante, conviene recordar que, en todo caso, será necesaria una autorización administrativa, que sirve para acreditar el cumplimiento de las condiciones de transmisibilidad de los títulos concesionales.

No es lo mismo, en el momento en que se produce la transmisión de la concesión, que ésta se hubiera otorgado en función de los caracteres personales del concesionario que en función de datos de naturaleza real. En el primer caso parece razonable que, para no frustrar el fin de la concesión, se hayan de exigir al cesionario del título los mismos requisitos —cualificación técnica, económicos, experiencia, prestigio...— que se exigieron al cedente en el momento del otorgamiento de la concesión, lo cual se considera un requisito de eficacia de la transmisión. Es una cautela lógica que actúa en garantía del interés general que preside el título concesional, ya que, si el cesionario no reúne las condiciones técnicas, económicas o personales exigidas al cedente, se podría ver frustrada la consecución del fin concesional. Téngase en cuenta que las condiciones personales no sólo rigen en el momento del otorgamiento, sino que despliegan su influencia durante toda la vida de la concesión, justamente para garantizar un adecuado cumplimiento de la finalidad pública que determinó su otorgamiento.

De igual forma, no es equivalente que el título concesional se haya adjudicado en virtud de un procedimiento contradictorio o como consecuencia de una adjudicación directa, procedimiento que parece ser el primario si observamos no sólo los artículos 93 y 96 LPAP sino muchas normas especiales. Desde luego, la transmisión de una concesión otorgada de forma competitiva puede ser un instrumento para la alteración de las bases del concurso y, por consiguiente, parece imponer un inconveniente radical para la transmisibilidad de las concesiones, pudiendo parecer lógico, en consecuencia, abrir un nuevo procedimiento de adjudicación para poder proceder a la enajenación, en la medida en que los restantes competidores quedarían frustrados en sus expectativas frente a un adquirente que es posible que ni siquiera concurriera al procedimiento de adjudicación.

Esta conclusión choca, sin embargo, con el principio de la libre transmisibilidad de las concesiones, sin que exista una regla que exija el cumplimiento de requisitos especiales de procedimiento para las concesiones otorgadas de forma competitiva. Por ello, la Administración, en el momento de otorgar la autorización sólo debería comprobar las condiciones del adquirente para ver si cumple con los requisitos exigidos al concesionario originario. Todo ello, claro es, salvo que en el propio pliego de bases del concurso se determine un procedimiento diferente para la transmisión, más coherente con los principios de igualdad y libre competencia.

11.3. *Modalidades de transmisión*

Como se puede observar con la lectura del artículo 98.1 LPAP, las modalidades de transmisión del título concesional son bastante amplias y afectan a todas las situaciones directas o indirectas de las cuales resulta la modificación material de la persona que está ejecutando el título concesional, aunque formalmente se mantenga el mismo concesionario: «los derechos sobre las obras, construcciones e instalaciones de carácter inmobiliario a que se refiere el artículo precedente sólo pueden ser cedidos o transmitidos entre vivos o por cause de muerte o mediante la fusión, absorción o escisión de sociedades».

A estos supuestos habría que añadir la constitución de derechos reales en garantía, que de acuerdo con lo previsto en la ley para las hipotecas —ciertamente peculiares por comparación con las convencionales de derecho privado, tal como ha señalado JIMÉNEZ-BLANCO— que se pudieran constituir sobre los bienes concedidos sólo podrán ser en garantía de los préstamos que contraiga el titular de la concesión para la financiación de la realización, modificación o ampliación de las construcciones sobre el bien concedido, lo que ha sido denominado por JIMÉNEZ-BLANCO como principio de especialidad de las hipotecas. Por otra parte, la hipoteca está vinculada en cuanto a su plazo al plazo último del título concesional, en la medida en que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 98 LPAP *se extinguen con la extinción del plazo de la concesión*. Su sometimiento al régimen de autorización, además de recogido en algunas normas sectoriales y en el artículo 98.5 LPAP, es razonable teniendo en cuenta que una eventual ejecución de la garantía afectaría a la utilización del dominio público, ya que supondría la sustitución del concesionario por el acreedor hipotecario.

La transmisión *mortis causa* ofrece caracteres especiales en relación con la *inter vivos*, en la medida en que son las reglas de la sucesión —recogidas en las diversas normativas españolas, la general y las civiles forales especiales— las que determinarán la persona del que accederá a la condición de concesionario. No obstante, con ello no se concluye el proceso, en la medida en que será preciso la previa comunicación a la Administración concedente.

Resultan especialmente importantes aquellas operaciones que se refieren a la titularidad de las acciones de la persona jurídica concesionario, en la medida en que formalmente la personalidad del concesionario será la misma aunque su accionariado habrá sido el que haya experimentado modificación. Realmente las posibilidades que se pue-

den encontrar son diversas, pero no todas ellas conducen a la necesidad de solicitar la autorización administrativa previa: sólo será necesario en aquellos casos en los que del negocio se derive una modificación en la gestión de la empresa que tenga repercusión sobre la ejecución de la concesión y en todos aquellos casos en los que se han alterado las condiciones en virtud de las cuales se produjo el otorgamiento del título habilitante. A ello se añade un elemento secundario que es el relativo al objeto social: sólo sería, como ha recogido de forma expresa alguna disposición demanial, en los supuestos en los que el objeto social consista principalmente en el disfrute de la concesión demanial, mientras que en el resto de los supuestos podría afectar a la libertad de empresa. Dependiendo de la trascendencia de la concesión posiblemente resulte necesario la constitución de una sociedad, tal como ocurre con otros títulos concesionales.

A estos supuestos habría que añadir aquellos casos en los que se constituyan derechos de goce sobre la concesión y que han de estar sometidos a controles similares a los de la transmisión en la medida en que determina quién es el usuario real de los bienes.

11.4. Autorización administrativa previa

Como se ha señalado con anterioridad, la transmisión de las concesiones de dominio público requiere siempre que tengan autorización previa de la autoridad que ha otorgado el título —tal como dispone el artículo 98.1. LPAP—; siempre que el ordenamiento jurídico no contenga una prohibición expresa de que se produzcan estas transmisiones, tal como ocurre, por ejemplo, en el artículo 70.2 de la Ley de costas. Es una regla que alcanza no sólo a los negocios directos de transmisión sino a los casos en los que la cesión puede ser una consecuencia indirecta del negocio jurídico.

Como ha señalado Acevedo, esta autorización administrativa cumple dos finalidades: por un lado, garantizar la inalterabilidad de las concesiones, sin que la transmisión produzca cambios en su contenido. Se trata de garantizar que el cesionario «asume la totalidad de los derechos y obligaciones que incumbían al cedente, sin variación alguna». En segundo lugar, valorar el cumplimiento por parte del cesionario de los requisitos personales y de otro tipo exigidos al cedente en el procedimiento originario.

Una vez valorados los diversos elementos de la concesión y del negocio jurídico privado, la Administración autorizará la sucesión. El poder de la Administración se encuentra más constreñido que en el momento del otorgamiento, ya que ha de valorar sólo si la concesión se va a seguir ejecutando de la misma forma, de acuerdo con los elementos que ha de autorizar. Ha de tenerse en cuenta que se ha de tratar de una sucesión en los mismos términos, esto es, sin incluir cláusulas nuevas ni exigiendo el cumplimiento de requisitos no previstos en la norma de cobertura. Sólo cuando claramente no se reúnan los requisitos o cuando el cedente está incurrido en un incumplimiento culpable que lleve aparejada la caducidad —aunque ésta no haya sido declarada formalmente— podrá la Administración proceder a la denegación de la autorización para la transmisión de la concesión.

La autorización ha de emitirse de forma expresa, ya que el silencio por parte de la Administración tiene efectos desestimatorios, de acuerdo con el artículo 24.1 de la Ley

39/2015, del Procedimiento administrativo Común de las Administraciones Públicas, en la medida en que entra dentro de aquellos procedimientos «cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros, facultades relativas al dominio público».

La autorización es un elemento de validez del negocio jurídico privado, y además ejecutar el acuerdo sin ella es una conducta sancionable para el cesionario —por ocupar privativamente el dominio público sin título— y para el cedente —por incumplimiento del deber de utilización del dominio público concedido, de acuerdo con lo que se ha visto con anterioridad, lo que supondría la caducidad de la misma, de acuerdo con el artículo 100 b) LPAP, que prevé específicamente la *falta de autorización previa en los supuestos de transmisión o modificación*—.

12. LA DINÁMICA DE LAS CONCESIONES (II): SU EXTINCIÓN

12.1. Efectos de la extinción

El segundo aspecto de la dinámica de las concesiones demaniales está vinculado con las causas de extinción de estos títulos habilitantes para la ocupación del dominio público. Con su extinción, tal como señaló Fernández Acevedo, «es la reintegración de la porción concedida a su condición ordinaria determinada por la afectación principal, a la función pública que el demanio ha de cumplir». Dicho de otro modo, con ello se recupera el uso general del bien que, como se recordará es el tipo de uso prioritario de los bienes demaniales tal como lo recuerda el artículo 6 de la LPAP cuando aborda los principios generales de gestión de los bienes públicos.

Al lado de este efecto, de dejar de tener una afectación secundaria, el efecto mayor que tiene la extinción es el destino que tienen los bienes construidos en el demanio. Es una decisión que ha de tomar la Administración ya sea en el momento de otorgamiento del título, ya fuera a la finalización del título. De acuerdo con el artículo 101.2 LPAP, si se decidiera su mantenimiento, revertirán a la Administración concedente de forma gratuita, libres de cargas y en condiciones de uso. Si se decidiera su demolición, será responsabilidad del concesionario, en el plazo que le ha otorgado la Administración.

12.2. Causas de extinción de las concesiones demaniales

Este efecto de la extinción de las concesiones de dominio público es la consecuencia de la concurrencia de una de las *causas de extinción del título* de utilización que recogen tanto el artículo 100 LPAP —que es lo que se contemplará inmediatamente— como sus adaptaciones en las normas reguladoras de cada uno de los sectores

En consecuencia, partiendo de lo dispuesto en el artículo 100 LPAP, son causas de extinción de las concesiones de dominio público:

1. *Muerte o incapacidad sobrevenida del usuario o concesionario individual o extinción de la personalidad jurídica*; lo que obliga a diferenciar entre el fallecimiento de la persona física concesionario y la extinción de la persona jurídica titular de la concesión.

Sobre la primera de ellas, conviene recordar, no obstante, que en las disposiciones especiales de sectores demaniales se suele limitar los efectos de la extinción física (véase por ejemplo el artículo 70.2 de la Ley de costas) o jurídica del concesionario (véase el artículo 121 e) de la Ley 48/2003, en relación con la fusión de sociedades) como causa de extinción de las concesiones. En todo caso, la propia LPAP relativiza los efectos de la desaparición del concesionario, en la medida en que, como se recordará la transmisión *mortis causa* es una de las variables de transmisión de los títulos. Por ello, sólo se podría considerar que es causa de extinción de las concesiones en los supuestos de falta de herederos, o bien en el caso de que todos ellos renuncien a la herencia.

En relación con la extinción de la persona jurídica, no resulta automática la extinción de la concesión, en la medida en que cuando se produzca la extinción de la sociedad por causa de fusión, absorción o escisión de sociedades se podrá mantener el título concesional siempre que se disponga la autorización de la Administración concedente (artículo 98.1 LPAP).

La incapacidad sobrevenida del concesionario tiene el mismo efecto, en la medida en que como señala el artículo 94 *cuando, posteriormente al otorgamiento de la concesión, el titular incurra en alguna de las prohibiciones para contratar se producirá la extinción de la concesión.*

2. *Falta de autorización previa en los supuestos de transmisión del título o modificación de la personalidad jurídica del usuario.* Como se ha señalado con anterioridad, es un requisito de ineficacia de la concesión y su falta de cumplimentar supone, asimismo, el incumplimiento de la obligación básica del concesionario, que es la de utilizar el demanio concedido para la finalidad que esté recogida en el título.

3. *Transcurso del plazo,* actuando de este modo como una causa que acostumbra a ser automática, aunque requiera un acto concreto declarativo emitido por parte de la Administración, que es condición necesaria para la extinción del título, tal como ha señalado la jurisprudencia. No obstante, la situación del concesionario que continua la utilización una vez transcurrido el plazo ha transformado su situación en la de un precarista, que no queda, en consecuencia, legitimado ni siquiera por el hecho de pagar el canon a la Administración. En este sentido, como se recordará, el plazo máximo para las autorizaciones es de cuatro años —incluidas prórrogas—, y el de las concesiones será de —setenta y cinco años —prórrogas incluidas—, salvo que se establezca otro menor en las normas especiales.

Conviene indicar, asimismo, que la existencia de plazos diferentes en otras normas se ve afectado por el plazo máximo de la LPAP, teniendo en cuenta que es un precepto con carácter básico. Tal como ha señalado MESTRE, en relación con las leyes estatales tiene un efecto derogador de aquellas y conteniendo sobre las normas autonómicas una consecuencia de desplazar la aplicación de estas normas.

4. *Rescate de la concesión por causas de interés público.* Son motivos que afectan al interés público determinante de la concesión, que ha sido sustituido por otro que resulta prevalente y que se materializan a través de la revocación, el rescate o la expropiación forzosa. Y, desde el momento en que supone la privación de un derecho de contenido económico resultará necesario indemnizarle, como traducción económica del derecho del que se le está privando, tal como ha reconocido la jurisprudencia.

5. *Mutuo acuerdo*. Este mutuo acuerdo tiene que responder a necesidades de interés general, sin que pueda servir tampoco para cubrir incumplimientos del concesionario, tal como han previsto algunas normas autonómicas.

6. *Falta del pago del canon o, en general, cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones del titular del título, declaradas por el órgano que otorgó el título*. Es la consecuencia de la presencia del interés general en el título concesional y el contenido doble —derecho/deber— que tiene dicho título. La ley lo que hace es aislar una causa —la falta de pago— que ejemplifica qué tipo de causas son las determinantes de la caducidad.

Porque, como resulta obvio, no cualquier tipo de incumplimiento permite la declaración de caducidad, de tal manera que son las condiciones generales o particulares o en su defecto la propia concesión quien ha de terminar cuáles son las causas que tienen el efecto de declarar la caducidad concesional. En este sentido, como se ha señalado por la doctrina «no sólo hace falta la declaración expresa de caducidad, sino que ésta tiene valor constitutivo y despliega sus efectos con carácter *ex tunc*».

No tiene plazo de prescripción, por su naturaleza no sancionadora, estando vinculado este hecho a la propia naturaleza imprescriptible del demanio. De igual manera, es una declaración que ha de ser el resultado de un procedimiento especial, en el que obviamente ha de darse audiencia al concesionario que incurre en incumplimiento. Y obviamente, la aplicación ha de ser proporcionada, en el sentido de que un breve retraso en el pago no debería tener el efecto automático de la extinción.

7. *Desaparición del objeto concedido*. Un ejemplo de esta situación se encuentra en la extinción de las concesiones de costas en los supuestos que hay un avance del mar y consecuente reducción de la playa, o el agotamiento que está siendo objeto de utilización, como ocurre en los recursos mineros. A ello habría que añadir los supuestos en los que se produce la inaptitud sobrevenida del bien para el cumplimiento de la función. Teniendo en cuenta las peculiaridades de estas causas de extinción, no darían lugar a indemnización, tal como ha señalado MESTRE.

8. *Desafectación del bien objeto de la concesión*, que requerirá la realización de una memoria justificativa de la conveniencia de la pérdida del carácter demanial de los bienes. La Ley de Patrimonio declara que, aunque haya que extinguir el título concesional —ya que no hay dominio público, lo que es un requisito ineludible para la existencia de la concesión— se puede mantener el derecho a la ocupación de los bienes en el marco de un contrato de arrendamiento.

9. Cualquier causa que esté prevista en las condiciones generales o específicas que rijan para ese título habilitante.

10. *Renuncia*, que, aunque no esté contemplada en el artículo 100 LPAP está recogida en todas las normas sectoriales relativas al dominio público —por ejemplo artículo 78.1 c) Ley de costas, artículo 83.1 de la Ley de minas...— como causa de extinción de las concesiones y en algunas de las normas autonómicas generales de bienes públicos. Teniendo en cuenta el hecho de que están afectados siempre los intereses generales en los títulos concesionales, la renuncia ha de ser afectada por la Administración concedente como manifestación de que no hay perjuicio para el interés general o para terceros, de acuerdo con lo previsto en el artículo 94 Ley 339/2015, del Procedimiento Adminis-

trativo Común de las Administraciones Públicas. Hay que recordar, asimismo, que la renuncia a la concesión no puede consistir un mecanismo para eludir las consecuencias de un incumplimiento grave.

13. LEGISLACIÓN APLICABLE AL OTORGAMIENTO DE LAS CONCESIONES DEMANIALES LOCALES

13.1. *El problema del grado de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público*

La legislación de contratos del sector público ha tenido siempre relevancia sobre la legislación patrimonial. Su trascendencia deriva del hecho de que la normativa patrimonial no es completa y remite en ocasiones a la normativa general de contratos. Al mismo tiempo, las posibilidades que se abrieron con la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas ha servido para que ciertas prestaciones que debían encontrar acomodo en la legislación de contratos lo hallen en la patrimonial, debido a una mayor flexibilidad, como son todos los supuestos de colaboración público-privada patrimonial.

En efecto, la profundizando un poco más, la relevancia de la normativa de contratos para los aspectos patrimoniales se deriva de que los mecanismos de reenvío se articulan de forma cruzada entre la normativa general de contratos y la normativa patrimonial.

La LCSP'17 es, como en otros aspectos de su prolija regulación, heredera de esta concepción. Posiblemente el cambio más relevante, con respecto a la normativa anterior se articule en que las bases de las remisiones se realizan con una redacción diferente, que sigue planteando problemas equivalentes. Todo ello derivado del hecho de que la Ley 33/2003, de patrimonio de las Administraciones Públicas y la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público tienen bases que no resultan del todo coincidentes para articular las relaciones recíprocas.

Voy a centrar la intervención en los contratos patrimoniales puros, esto es, aquellos que se refieren a bienes que tengan la naturaleza de bienes de naturaleza patrimonial. No obstante, sustancialmente puede ser extendido a las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público, en la medida en que el artículo 9.1 LCSP'17 también los excluye de su ámbito de aplicación.

13.1.1. *Contratos patrimoniales en la LCSP'17: su caracterización como contratos excluidos y contratos privados*

El principio de partida lo tenemos recogido en el artículo 9 cuyo apartado segundo, que es el referido a los negocios patrimoniales de la Administración dispone que: *Quedan, asimismo, excluidos de la presente Ley los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial.*

Una fórmula que aparenta ser tajante en cuanto a la exclusión de la LCSP'17 pero que, sin embargo, da una falsa imagen en cuanto al régimen al que se someterán estos contratos.

Veamos por qué.

La LCSP'17 señala de entrada, que se trata de contratos excluidos de la ley, aunque sea una exclusión parcial, en la medida en que la propia norma se encarga de recordar que es supletoria para todo aquello no previsto en la normativa específica: *Las relaciones jurídicas, negocios y contratos citados en esta sección quedan excluidos del ámbito de la presente Ley, y se regirán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse*— Ya, de entrada, encontramos el primer punto en donde debemos concretar qué se aplica y qué no de los procedimientos de contratación en materia patrimonial.

La propia LCSP'17 amplía el ámbito de su aplicabilidad a los contratos patrimoniales por la aplicación de otra regla de régimen jurídico que incorpora: En efecto, dispone que además de excluidos son privados, del cual se derivarán consecuencias jurídicas: son contratos privados de la Administración. Un calificativo que, de acuerdo con lo que dispone la propia norma supone incorporar un determinado régimen jurídico. Efectivamente, el artículo 26 dispone dos aspectos importantes del régimen de estos contratos:

- a) Por una parte, «se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley con carácter general, y por sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante».
- b) En segundo lugar, en lo que respecta a sus efectos, modificación y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado.

Como acabamos de ver, la propia LCSP'17 se acaba desdiciendo de la exclusión que realiza de los contratos patrimoniales. El elemento que hará aparecer la aplicación de la norma con carácter general será la ausencia de disposiciones patrimoniales que regulen un aspecto específico. Algo que puede sumir al operador jurídico en cierta situación de inseguridad jurídica

Una carencia que derivará no sólo de la aplicación de la LPAP sino de cualquier otra disposición de este ámbito, ya sea estatal, autonómica o local, con las consiguientes peculiaridades que tiene cada una de ellas, ya que su grado de complitud es muy diferente.

13.1.2. Dos elementos de regulación sustantiva de los contratos patrimoniales en la LCSP'17

Antes de continuar con el juego de remisiones entre la LCSP'17 y la LPAP'03 conviene recordar un aspecto complementario sustantivo que está recogido en la primera de ellas y en donde también se sigue la ordenación anterior: la aparente restricción a la utilización de la legislación patrimonial para realizar operaciones de colaboración público-privada.

Se recordará que el régimen del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado que estaba contemplado en la LCSP de 2007 quedó superado por la realidad y posteriormente se eliminó. Una eliminación que, entre otras cosas, derivaba de dos factores entrelazados: la dificultad de su utilización por la obligatoriedad del procedimiento de diálogo competitivo y, por el otro, la facilidad que daba la legislación patrimonial. Esto hacía que se utilizara el régimen de libertad de pactos del artículo 110 LPAP y se realizara de manera mucho más rápida. Con ello se tenían arrendamientos operativos que se parecían mucho a otros contratos típicos pero que resultaban mucho más livianos en su tramitación y régimen jurídico. Posiblemente sin todas las garantías básicas que han de seguirse en los PPP.

La nueva regulación del artículo 9.2 continúa indicando que el valor de las prestaciones constituye un elemento esencial para poder recurrir a este tipo de contratos patrimoniales: *En estos contratos solo podrán incluirse prestaciones que sean propias de los contratos típicos regulados en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título Preliminar, si el valor estimado de las mismas no es superior al 50 por 100 del importe total del negocio y, a su vez, mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad en los términos previstos en el artículo 34.2.* Como veremos con posterioridad, esta remisión supone una aparente modificación del principio de libertad de pactos que está contemplado en el artículo 110 LPAP, ya que en este precepto está contemplado de forma mucho más amplia.

La LCSP'17 ha procedido, en segundo lugar, a regular algunos aspectos de la competencia municipal a la hora de proceder a la realización de contratos patrimoniales. Así, en la Disposición Adicional 2ª, apartados 9º a 11º se recogen con carácter general las reglas de competencia para la enajenación de bienes de las Corporaciones Locales.

13.1.3. Regulación de la LPAP del régimen jurídico de los contratos patrimoniales

La LPAP es bastante parca a la hora de regular el régimen de preparación y adjudicación de los contratos e incluso a la hora de determinar cuál es régimen de su ejecución. Podemos señalar que la LPAP, redactada en 2003, no se olvide, partía de otro modelo de regulación de los contratos de las administraciones públicas y esto hacía que la remisión a la entonces vigente LCAP pudiera estar justificada, aunque es una cuestión que ahora no resulta relevante.

La LPAP contiene una regla general y una regla específica para la determinación del régimen de los contratos patrimoniales. La regla general, que se queda en el nivel de los principios, está recogida en el artículo 8 LPAP, que obliga a que la gestión patrimonial cumpla, entre otros, con lo recogido en el apartado c) «Publicidad, transparencia, concurrencia y objetividad en la adquisición, explotación y enajenación de estos bienes». Será en cada procedimiento cómo habrán de aplicarse estos principios concretos a través de los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas.

La LPAP estructura el régimen de preparación y adjudicación del contrato con una absoluta dependencia de la legislación de contratos, esto es, hoy de la LCSP'17: *Los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre bienes y derechos patrimoniales se regirán, en*

cuanto a su preparación y adjudicación, por esta ley y sus disposiciones de desarrollo y, en lo no previsto en estas normas, por la legislación de contratos de las Administraciones públicas. Sus efectos y extinción se regirán por esta ley y las normas de derecho privado. Reglas que coinciden con lo dispuesto en el artículo 112 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, cuando dispone, para una modalidad concreta, que *las enajenaciones de bienes patrimoniales se regirán en cuanto su preparación y adjudicación por la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones locales.*

Teniendo presente que los procedimientos de adquisición, enajenación y arrendamiento de bienes se fijan en los trámites específicos que han de seguirse para ponderar los elementos relativos al patrimonio (un dato esencial, la tasación, por ejemplo) hace no es descartable, sino todo lo contrario, que la LCSP'17 sea norma supletoria de utilización constante para la tramitación de los contratos patrimoniales. Nos encontraríamos aquí ante lo que en Derecho internacional privado sería un doble reenvío entre la legislación de contratos y la legislación patrimonial para terminar en la casilla de salida: negar que los contratos patrimoniales estén excluidos de la LCSP'17.

13.1.4. *El principio de libertad de pactos del artículo 111 LPAP y sus consecuencias en cuanto a la aplicación de la LCSP'17*

Una de las características más relevantes del régimen de los contratos patrimoniales es el de su libertad de pactos. Es una característica que se ha utilizado sobre todo para incluir prestaciones de otros negocios no patrimoniales, del tipo del arrendamiento operativo al que antes he hecho referencia.

El principio de libertad de pactos se mueve en un doble estadio: el de la articulación del tipo negociado al que se quiera ceñir la Administración y el relativo a las cláusulas que contenga el contrato.

La LPAP recoge las modalidades tradicionales de los contratos típicos de gestión patrimonial. Pero, al mismo tiempo, la adquisición de bienes por parte de la Administración, por ejemplo, queda totalmente flexibilizada desde el momento en que para ella *la Administración podrá concluir cualesquiera contratos, típicos o atípicos* (artículo 115 LPAP). Dicho de otro modo, en la articulación de estos negocios atípicos la aplicabilidad de la legislación de contratos será mucho más intensa que en aquellos casos en los que se trate de contratos típicos regulados en la LPAP.

Pensemos, por ejemplo, en todas las colaboraciones público-privadas realizadas al amparo de la legislación de patrimonio de las Administraciones Públicas y que no están contempladas en la LPAP. Aquí hay elementos esenciales de la articulación del régimen jurídico que tendrán que ser derivados de lo que señala la LCSP'17. Y los aspectos que se verían afectados por esta cautela no serían pequeños precisamente: el régimen económico financiero del contrato, los elementos de calidad en la prestación de servicios, el régimen retributivo del adjudicatario —que dependerá de los umbrales de calidad de servicio que alcance—; el régimen de garantías, penalidades, la duración y el destino final de las instalaciones son elementos que se deberán tomar necesariamente de la LCSP'17, en principio de la regulación que está en las concesiones.

Hay casos en los que la legislación patrimonial no proporciona un régimen jurídico para determinadas operaciones; que no es posible rellenar con el contenido de la LCSP: es lo que ocurre, por ejemplo, con el mandato de optimización patrimonial al que hace referencia el artículo 160 LPAP. Y no podemos obviar que incluso en los casos en los que hay remisiones internas dentro de la LPAP, no será posible rellenarlas ni con la norma patrimonial ni con la contractual: son los aspectos no regulados, por ejemplo, de los contratos de arrendamiento financiero y otros contratos mixtos de arrendamiento con opción de compra, en donde «se aplicarán las normas de competencia y procedimiento establecidas para la adquisición de inmuebles». Muchos de ellos habrán de ser articulados con posterioridad.

El segundo momento a que antes he hecho referencia es el de la articulación de las reglas contractuales. En este punto, la base se del principio de libertad de pactos está recogido en el artículo 111 LPAP en los siguientes términos: *Los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre los bienes y derechos patrimoniales están sujetos al principio de libertad de pactos. La Administración pública podrá, para la consecución del interés público, concertar las cláusulas y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarias al ordenamiento jurídico, o a los principios de buena administración.*

De este modo, sólo nos encontramos con dos límites: por un lado, el cumplimiento del derecho obligatorio y el principio de buena administración. Desde una perspectiva económica aparece como el único elemento de carácter finalista en la gestión patrimonial, una vez que se superó la regla tradicional de que la rentabilidad económica era un objetivo en relación con los bienes patrimoniales. Obviamente, como en toda actuación de una Administración pública, aunque sea en el marco de contratos privados, está presente el principio de servicio objetivo a los intereses generales.

El fomento de los negocios globales —tan propio de las fórmulas de colaboración público-privada— encuentra su encaje en lo dispuesto en el apartado segundo de dicho precepto. Así, los negocios de enajenación, tal como se dispone en el artículo 111.2 *podrán contener la realización por las partes de prestaciones accesorias relativas a los bienes o derechos objeto de los mismos, o a otros integrados en el patrimonio de la Administración contratante, siempre que el cumplimiento de tales obligaciones se encuentre suficientemente garantizado. Estos negocios complejos se tramitarán en expediente único, y se regirán por las normas correspondientes al negocio patrimonial que constituya su objeto principal.*

Pues bien, después de la promulgación de la LCSP'17, el principio de libertad de pactos mantiene la limitación que recogía el viejo artículo 25 LPAP y que ahora contempla el artículo 34 LCSP, al que remite de forma expresa el artículo 9 LCSP'17: *Solo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante.* Redacción rebuscada donde las haya para indicar la necesidad de la complementariedad.

13.1.5. *Cuestiones jurisdiccionales de los contratos patrimoniales de las Administraciones públicas*

Con carácter general, la última cuestión que hay que plantearse es la relativa al orden que vaya a conocer de las reclamaciones suscitadas por los actos de un contrato privado.

El punto de arranque lo voy a situar, por razón de especialidad de la norma, en el artículo 110.3 LPAP, que dispone que *el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan sobre estos contratos entre las partes. No obstante, se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con su preparación y adjudicación y, en consecuencia, podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de acuerdo con su normativa reguladora.*

Aquí sí nos encontramos con un punto de coincidencia. El artículo 27.1 LCSP'17 considera que se conocerá por la jurisdicción contencioso-administrativa *las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas.*

En cambio, serán competencia de la jurisdicción civil, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27.2 LCSP'17 *Las controversias que se susciten entre las partes en relación con los efectos y extinción de los contratos privados de las entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, sean o no Administraciones Públicas.*

13.1.6. *¿Y qué ocurre con los contratos patrimoniales que suscriban las sociedades mercantiles públicas?*

Las sociedades mercantiles públicas constituyen hoy una forma usual de ejecución de políticas públicas. Una situación usual que, sin embargo, tiene una indudable carencia de su régimen jurídico. No hay un régimen de este tipo de sociedades y hay numerosos ámbitos de la Ley de Sociedades de Capital que no resulta razonable para entidades en las que la razón de su existencia es la vocación de servicio público, fuera de las cuales carecen totalmente de sentido.

Cuando abordamos el régimen patrimonial de las sociedades mercantiles públicas conviene dar un paso atrás para recordar cuál es el régimen de las participaciones públicas que son expresión de la titularidad dominical: Las acciones y demás títulos representativos del capital de una sociedad mercantil pública forman parte de los bienes patrimoniales de la Administración matriz.

Un régimen que, como nos ha explicado Chinchilla recientemente, no permite precisamente señalar que existe una situación de libertad de la sociedad sino que están profundamente vinculadas a la Administración propietaria de las acciones. De hecho, ahora está ya perfectamente clarificada una situación que con una solución distinta carecería de sentido: que se pueda revisar de oficio los actos de adjudicación de los contratos.

A partir de este punto, ¿cómo afecta el juego de remisiones entre la legislación de contratos y la legislación patrimonial? No podemos olvidar que el propio Estado dispone de una sociedad mercantil, SEGIPSA, cuyo objeto es precisamente la gestión patrimonial. Por tanto, la cuestión resulta pertinente.

La primera pregunta que nos debemos plantear es ¿es público el patrimonio de una sociedad mercantil pública? El Tribunal Supremo, recientemente, ha considerado que sí. Es cierto que se trata de la decisión del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda de 25 de mayo. Desde luego, una aplicación de la teoría del levantamiento del velo conduciría a dicha solución, sobre todo cuando nos encontramos ante sociedades para la ejecución de políticas públicas.

Pues si es público, la parte sustancial de los procedimientos patrimoniales recogidos en la LPAP debe ser de aplicación a estas sociedades. Aquí la LCSP'17 no ha introducido cambios sustanciales sobre la aplicación ni de la normativa de contratación ni sobre la patrimonial. Son, en esencia, las mismas reglas que existían con anterioridad y que obligaban a que todo procedimiento de gestión patrimonial que realizara una sociedad mercantil estuviera regida por los aspectos sustantivos de la Ley de Patrimonio y, supletoriamente, por la normativa contractual. Es la consecuencia de que se trata de bienes públicos, tal y como reconoció recientemente el Tribunal Supremo.