

## LA UTILIZACIÓN PRIVATIVA DE LOS BIENES DE DOMINIO PÚBLICO: LAS CONCESIONES DEMANIALES EN LA NUEVA LEY DE PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

 DANIEL I. RIPLEY  
Abogado (\*)

### 1. PLANTEAMIENTO

El presente artículo tiene por objeto realizar un somero examen de la figura de la concesión de dominio público en la nueva Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, y de las novedades que la misma ha incorporado en esta materia a nuestro ordenamiento, singularmente en lo que se refiere al ofrecimiento de nuevas posibilidades de financiación de las infraestructuras públicas que tengan como soporte una concesión y al cada vez más intenso intento del legislador de convertir en atractiva la inversión privada en obras de interés general.

### 2. EL DOMINIO PÚBLICO: CONCEPTO Y NATURALEZA

La doctrina tradicional acostumbra a definir el dominio público o demanio como aquel conjunto de bienes y derechos reales cuya titularidad corresponde a un ente público y que, por encontrarse afectados directamente a un uso o servicio público, se someten a un régimen jurídico especial.

Superadas las posiciones de autores como Proudhon<sup>1</sup> que consideraban que entre el ente titular del bien de dominio público y el bien mismo no existe una relación de propiedad, sino una situación de carácter distinto, de mera policía, vigilancia o custo-

dia, siendo así que se trata de bienes destinados al uso por la generalidad de los ciudadanos (*res communes omnium*), lo que es incompatible —según dicen— con el carácter exclusivo e individualista del derecho de propiedad, hoy se entiende mayoritariamente que sobre los bienes del dominio público existe una auténtica relación de propiedad.

En efecto, se sostiene desde las aportaciones de Hauriou que, dentro de los bienes que son propiedad de los entes públicos, unos son de dominio privado, los llamados bienes patrimoniales, que siguen el régimen común del Derecho civil, y otros de dominio público, sometidos a un régimen especial por su afectación o destino a un interés público, régimen exorbitante respecto del Derecho civil. El criterio de la afectación o destino a un uso o servicio público se convierte de este modo en el elemento definidor del dominio público.

Esta consideración del dominio público como derecho de propiedad encuentra reflejo en nuestro derecho positivo y ha sido desde antiguo acogida por la jurisprudencia.

En esta dirección, el Código Civil, en sus artículos 338 y siguientes, al regular «los bienes según las personas que pertenecen» establece que «los bienes son de dominio público o de propiedad privada», aun-

(\*) Del Departamento de Derecho Público y Procesal, Oficina de Barcelona, de Uría & Menéndez. Abogado del Estado (excedente).

<sup>1</sup> *Traité du domaine publique ou de la distinction des biens*, 1833-1834.

que el Código no emplea la expresión propiedad en relación con los bienes demaniales, la cual se contendrá expresamente en el Decreto 1022/1964, de 15 de abril, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Bases del Patrimonio del Estado, que se refiere ya a los «bienes propiedad del Estado que tienen la consideración de demaniales».

Por su parte, el Tribunal Supremo ha venido afirmando desde antiguo que «en nuestro ordenamiento jurídico el dominio público se configura como una relación de propiedad y no como una relación de poder o de soberanía» (por ejemplo, STS 28 de octubre de 1981).

El Tribunal Constitucional, aun partiendo de la propiedad de los bienes demaniales, incide de manera especial en el carácter exorbitante de su régimen jurídico cuando en sus sentencias 227/1988, de 29 de noviembre y 149/1991, de 4 de julio afirma que «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».

### 3. REGULACIÓN: LA LEY 3/2003, DE 3 DE NOVIEMBRE, DE PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Los bienes del dominio público han carecido entre nosotros tradicionalmente de una disciplina normativa general, encontrándose la razón de esta escasez probablemente en la gran cantidad de tipos de bienes incluidos en esta categoría, así como en la disparidad de naturaleza y función que poseen, circunstancia esta que reclama un régimen jurídico diferenciado.

En efecto, las normas que han regulado genéricamente los bienes demaniales —a diferencia de lo sucedido con los patrimoniales— han sido de alcance meramente fragmentario (por ejemplo, los artículos 113 a 128 del Decreto 1022/1964, de 15 de abril, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Bases del Patrimonio del Estado y 74 a 91 del Real Decreto

1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, el «RBEL»), por lo que la construcción abstracta de su régimen es de origen esencialmente teórico.

Aunque esta carencia normativa ha sido corregida en buena medida por las Comunidades Autónomas dentro de su ámbito competencial (a título de ejemplo podemos citar el Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Patrimonio de la Generalidad de Cataluña o la Ley 14/2003, de Patrimonio de la Comunidad Valenciana), y, en el ámbito del Estado, a través de la regulación de los diferentes sectores demaniales, se necesitaba una norma que convirtiera en derecho positivo la construcción teórica a que acabamos de aludir, cumpliendo, de otro lado, desde esta perspectiva genérica, la previsión del artículo 132.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978, según el cual «la ley regulará el régimen jurídico de los bienes del dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación».

Con la finalidad de colmar esta falta de regulación genérica fue aprobada la reciente Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas («Ley 33/2003») <sup>2</sup>, la cual, aun regulando de manera conjunta los bienes patrimoniales y los demaniales, contiene, según nos anuncia en su Exposición de Motivos, una «regulación de los bienes y derechos de dominio público notoriamente más extensa [...] que la que se contiene en el Decreto 1022/1964, de 15 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Bases del Patrimonio del Estado».

Parte la nueva Ley de un concepto de patrimonio de las Administraciones Públicas que de manera convencional cabría denominar omnicompreensivo <sup>3</sup>, al definirlo en su artículo 3.1 como «el conjunto de sus bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza y el título de su adquisición o aquel en virtud del cual

<sup>2</sup> La Ley entraría en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (el 4 de noviembre de 2003), según establecía su disposición adicional sexta, aunque, como suele hacer el legislador español en los últimos tiempos, su art. 18.4 fue derogado por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social antes de su entrada en vigor.

<sup>3</sup> La Exposición de Motivos de la Ley 33/2003 dice que «la generalidad del enfoque legal encuentra su vehículo de expresión más acabado en el nuevo significado de que se dota al término tradicional Patrimonio del Estado».

les hayan sido atribuidos», para después diferenciar, dentro de esos bienes patrimoniales *lato sensu*, los bienes «de dominio público o demaniales y de dominio privado o patrimoniales<sup>4</sup>» (artículo 4), ahora ya en sentido estricto.

Si examinamos el contenido de la Ley 33/2003 en lo que a la regulación del dominio público se refiere nos encontramos con que, de hecho, el legislador viene a convertir en norma lo que, bien era una construcción doctrinal y jurisprudencial consolidada, bien ya derecho positivo en la regulación de los distintos sectores del dominio público ya promulgada o en meros preceptos reglamentarios (fundamentalmente el RBEL).

Nos centraremos a continuación en algunos aspectos de esta nueva regulación; en concreto, en cuanto se refiere a la utilización del demanio a través de las clásicamente denominadas concesiones administrativas.

Con carácter previo a adentrarnos en el estudio de su régimen, debe advertirse que la Ley 33/2003, en cuanto que normativa genérica, se aplica en defecto de regulación específica de los bienes de que se trate, disponiendo en su artículo 5.4 que «los bienes y derechos de dominio público se regirán por las leyes y disposiciones especiales que les sean de aplicación y, a falta de normas especiales, por esta Ley y las dis-

posiciones que la desarrollen o complementen», dicción que se reitera para el caso concreto de las concesiones y autorizaciones demaniales por el artículo 84.3 de la misma Ley.

De otro lado, debe señalarse que, mientras que para la Administración General del Estado y Organismos Públicos estatales la Ley 33/2003 es de aplicación íntegra, sólo serán de aplicación «a las Comunidades Autónomas, entidades que integran la Administración local y entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ellas los artículos o partes de los mismos enumerados en la disposición final segunda» de la misma, debiendo en el resto acudir a la normativa autonómica o local correspondiente, la cual, por lo demás, será, *mutatis mutandis*, prácticamente idéntica a la estatal.

#### 4. LA UTILIZACIÓN DE LOS BIENES DEMANIALES POR SUJETOS DISTINTOS DE LA ADMINISTRACIÓN

Como más arriba apuntábamos, el centro de gravedad de la distinción entre los bienes patrimoniales y los demaniales se sitúa en su afectación o destino a un uso o servicio público<sup>5</sup>. Ambos presentan la característica común de la titularidad por un ente público, pero esa diferencia de afectación o destino, elemento en el que, precisamente, se sitúa la justificación de su régimen jurídico peculiar.

<sup>4</sup> Como pone de relieve J. A. Santamaría Pastor citando a R. Parada (*Principios de Derecho Administrativo*, Madrid, vol. II, 1999, Pág. 508), la pretensión del Código Civil de que los bienes patrimoniales se rigieran por sus preceptos, al igual que los bienes de los particulares (art. 340), ha sido desbordada por la legislación, que ha terminado por establecer un régimen básico de todos los bienes de la Administración, en el que se han aplicado a los bienes patrimoniales buena parte de las normas exorbitantes del Derecho civil propias de los bienes demaniales. La Ley 33/2003 es buena muestra de ello, cuyo Título II, por ejemplo, aparece destinado a la protección y defensa de todo el patrimonio de las Administraciones Públicas, demanial o patrimonial.

<sup>5</sup> A partir del modo en que la afectación se lleva a efecto distingue la doctrina moderna entre el dominio público natural y el artificial. El dominio público natural aparece referido a aquellos bienes cuya afectación a una utilidad pública se establece legalmente y de forma general para todas las cosas pertenecientes a un determinado género (por ejemplo, los yacimientos minerales y recursos geológicos que componen el demanio minero, según los arts. 2 y 3 de la Ley 22/1973, de 1 de julio, de Minas o los recursos naturales de la zona económica exclusiva, a los que se refiere el art. 132 de la Constitución). De otra parte, son bienes demaniales por afectación singular o demanio artificial los que requieren un acto de afectación singular que los diferencie de otros bienes de su mismo género (por ejemplo, un edificio), lo que, en el caso del Estado, se efectuará del modo previsto en los arts. 65 y siguientes de la Ley 33/2003. En esta línea, el Tribunal Constitucional, en las sentencias que más adelante se citarán se refiere al demanio natural como «bienes que en cuanto géneros se declaran no susceptibles de apropiación privada en atención a sus características naturales unitarias».

Por lo demás, esa afectación singular puede ser, por razón de la finalidad pública que motiva la misma, a un uso público, como sucede en el caso de los caminos, calles, paseos, puentes, parques y «demás obras públicas de aprovechamiento o utilización general» (art. 3.1 RBEL), o a un servicio público, como ocurre en el supuesto de las «murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio» a que se refiere el Código Civil. Estas categorías no son, obviamente, excluyentes (una carretera, por ejemplo, es a la vez un bien de uso público y soporte de servicios públicos).

La utilización de bienes demaniales afectos a un servicio público no da lugar, como regla general, a relaciones jurídicas cuyo contenido sea la utilización misma del bien entre la Administración y los ciudadanos, siendo así que los posibles concesionarios o usuarios lo son del servicio público y las relaciones jurídicas que surjan tendrán como objeto su explotación o uso. Es por ello por lo que el artículo 87 de la Ley 33/2003 señala que «la utilización de los bienes y derechos destinados a la prestación de un servicio público se supeditará a lo dispuesto en las normas reguladoras del mismo», estableciendo tan sólo la aplicación supletoria de la misma.

En cambio, cuando los bienes demaniales están destinados a un uso público, se producen una serie de relaciones jurídicas que ligan a la Administración propietaria con los usuarios de los bienes.

Este uso, sin embargo, puede ser de diversas clases, distinguiéndose generalmente entre uso común, general o especial, por un lado, y uso privativo, por otro, de los bienes de dominio público.

El uso común es «el que corresponde por igual y de forma indistinta a todos los ciudadanos, de modo que el uso por unos no impide el de los demás interesados» (artículo 85.1 de la Ley 33/2003), pudiendo ser ese uso común, general —término no empleado por la Ley 33/2003, a diferencia de lo que sucede con el art. 75 del RBEL—, cuando no concurren circunstancias singulares en el mismo —el uso de una calle o una plaza por los ciudadanos—, o especial, que es aquél que «sin impedir el uso común, supone la concurrencia de circunstancias tales como la peligrosidad o intensidad del mismo, preferencia en casos de escasez, la obtención de una rentabilidad singular u otras semejantes, que determinan un exceso de utilización sobre el uso que corresponde a todos o un menoscabo de éste» (artículo 85.2 de la Ley 33/2003). El aparcamiento en determinadas zonas, o las licencias exigidas a determinados vehículos para circular por la vía pública, por razón, por ejemplo, de su peso o de las sustancias que transportan, son ejemplos de uso común especial del dominio público.

Por su parte, según nos dice el artículo 85.3 de la Ley 33/2003, «es uso privativo el que determina la ocupación de una porción del dominio público, de modo que se limita o excluye la utilización del mis-

mo por otros interesados», debiendo advertirse que el artículo 6.d) de la Ley 33/2003 recoge el principio de la «dedicación preferente al uso común frente a su uso privativo».

Son casos de un uso privativo, la instalación de un quiosco en la vía pública, la utilización del subsuelo a los efectos de construcción y gestión de un aparcamiento, la instalación de gasolineras o establecimientos de servicio en una carretera, la utilización de una frecuencia de radio o televisión, el uso del agua para el riego o la ocupación de parte de un puerto con fines comerciales.

El uso común de los bienes de dominio público podrá realizarse libremente, sin más limitaciones que las derivadas de su naturaleza, según lo establecido en los actos de afectación o adscripción al demanio, en su caso, así como en las disposiciones que sean de aplicación (artículo 86.1 de la Ley 33/2003), habiendo señalado la doctrina y la jurisprudencia (por ejemplo, STS 21/11/1981) que los ciudadanos tienen un derecho a usar de los bienes de uso común general mientras tengan tal carácter, sin que se precise un acto administrativo previo de habilitación. Tal derecho se vería vulnerado en caso de una prohibición de uso por parte de la Administración pública de que se trate.

Es por ello por lo que el artículo 84.1 de la Ley 33/2003 exceptiona de la necesidad de acto administrativo de utilización del demanio el uso que, «en su caso, corresponde a todos.»

Sin embargo, es importante señalar que no existe un derecho a que un bien haya de destinarse a un uso común general —salvo, claro está, que una disposición lo imponga— por lo que, en caso de desafectación de un bien que hasta entonces tuviera ese carácter, los usuarios tendrían sólo un interés legítimo para impugnarla en cuanto que esa desafectación no fuese conforme a Derecho.

A diferencia de lo que sucedía con ese uso común general, en principio, nadie tiene *per se* un derecho a un uso común especial o privativo de bienes del dominio público, siendo necesario para ello un «título que lo autorice otorgado por la autoridad competente» (artículo 84 de la Ley 33/2003), constituyendo un uso de tales características sin título habilitante infracción grave, con arreglo al artículo 192 de la misma Ley, teniendo en cuenta, además, que «la mera

tolerancia administrativa no es [...] equiparable a la existencia de un título habilitante para la ocupación de los bienes públicos» (STS 6/7/1993).

Este título necesario consiste en una autorización o en una concesión otorgada por la autoridad competente, según los casos<sup>6</sup>.

Existe únicamente un supuesto en el que cabría decir que no cabe una concesión o autorización, aquel en el que la Administración titular del demanio celebra un contrato administrativo con el usuario que por su propia naturaleza supone la utilización del dominio público. El titular del bien demanial, al celebrar el contrato con el usuario, formaliza una decisión que supone necesariamente la utilización del bien, con lo que, en realidad, ya se ha producido una decisión administrativa de autorización. Es por ello por lo que el artículo 91 de la Ley 33/2003 establece *in fine* que «no será necesario obtener estas autorizaciones o concesiones cuando el contrato administrativo habilite para la ocupación de los bienes de dominio público». En estos casos se entiende, pues, que el titular demanial al celebrar el contrato está implícitamente habilitando la ocupación del bien en cuestión.

Volviendo a lo que es la regla general, del artículo 86 de la Ley 33/2003 se extrae que cuando se trate de un uso común especial de duración no superior a cuatro años o de un uso privativo cuando la ocupación que el uso representa se efectúe únicamente con instalaciones desmontables o bienes muebles y por plazo no superior a cuatro años, el título administrativo habilitante para ese uso será la autorización administrativa.

En todos los demás casos de uso común especial o de uso privativo será precisa una concesión administrativa de dominio público o demanial; en particular, porque así lo dice la Ley, para el «uso privativo de los bienes de dominio público que determine su ocupa-

ción con obras o instalaciones fijas» (artículo 86 de la Ley 33/2003)<sup>7</sup>.

Y es que, normalmente, el derecho al uso privativo de los bienes demaniales se adquirirá por medio del otorgamiento de una concesión demanial o concesión de dominio público. Sólo en ciertos supuestos de usos privativos, de menor entidad o de vocación pasajera o transitoria, bastará con una autorización administrativa.

Esta diferenciación en cuanto al título habilitante para la utilización la encontramos también en la legislación de sectores demaniales específicos, como sucede en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas («Ley de Costas»), que exige tan sólo autorización para «la ocupación del dominio público marítimo-terrestre con instalaciones desmontables o con bienes muebles» (artículo 51).

Las autorizaciones que legitiman este tipo de ocupaciones, denominadas doctrinalmente por influencia francesa estacionamientos, suelen otorgarse, además, a precario, lo que significa que podrán ser revocadas unilateralmente por la Administración en cualquier momento, sin derecho a indemnización, cuando resulten incompatibles para el interés público, como prevé para su ámbito el artículo 55 de la Ley de Costas, en previsión conforme a la Constitución, según consideró el intérprete supremo de la misma en su sentencia 149/1991, de 4 de abril, antes citada y, con carácter general, el artículo 92.4 de la Ley 33/2003, que recoge, además, la necesaria aceptación de esta potestad de revocación por parte del sujeto autorizado al otorgarle la autorización misma (artículo 92.7.g).

## 5. ESPECIAL REFERENCIA A LAS CONCESIONES DEMANIALES

### 5.1. Concepto y naturaleza jurídica

De acuerdo con esta regulación, pues, la concesión demanial puede ser definida como aquel acto administrativo por virtud del cual la Administración titu-

<sup>6</sup> Debe advertirse que «el otorgamiento de la concesión demanial no exime a su titular de las concesiones y autorizaciones que sean exigibles por otras Administraciones Públicas en virtud de sus competencias específicas» (STS 29/1/1993), como, por otra parte, ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones (SSTC 77/1984, 56/1986 y 40/1998, entre otras), recordándonos el alto Tribunal que titularidad dominical por parte de una Administración Pública no es excluyente de actividades procedentes de otras Administraciones Públicas con incidencia en el mismo espacio físico.

<sup>7</sup> El RBEL introduce la distinción adicional entre uso normal o anormal, según sea o no conforme con el destino principal del dominio público al que afecte, aunque compatible con él, estableciendo que estarán sujetos a concesión administrativa el uso privativo de los bienes del dominio público, en todo caso, sin distinción y el uso anormal de los mismos (art. 78 RBEL).

lar confiere a un tercero un derecho de uso privativo y temporal de una porción del dominio público o un derecho de uso común especial de duración superior a cuatro años, conservando aquélla en todo caso su titularidad, así como las potestades de policía necesarias para asegurar el cumplimiento de las condiciones de la concesión y la indemnidad del bien concedido.

La naturaleza de la concesión demanial ha dado lugar a prolongados debates doctrinales que propugnaban, respectivamente, su naturaleza de acto administrativo o de contrato.

La doctrina clásica entendía que las concesiones demaniales eran actos administrativos, siendo, por tanto, unilaterales.

Sin embargo, esta calificación resulta hoy cuestionada por la doctrina y la jurisprudencia, sobre la base de que la concesión demanial da lugar a un vínculo estable, con derechos y deberes para ambas partes, sin perjuicio de las facultades legales de revocación que, por razones del interés público que está llamada a proteger, conserva la Administración titular del bien.

Tal circunstancia ha llevado a parte de la doctrina moderna a afirmar el carácter contractual de las concesiones demaniales, apoyándose para ello, además, en que el RBEL establece que la concesión demanial se otorgará con arreglo a ciertas normas específicas y «a la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales» (artículo 78.2 RBEL); argumento al que hoy cabría añadir la precisión contenida en el artículo 94 de la Ley 33/2003 cuando señala que «en ningún caso podrán ser titulares de concesiones sobre bienes y derechos demaniales las personas en quienes concurra alguna de las prohibiciones de contratar reguladas en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», estableciéndose la extinción de la concesión cuando, con posterioridad al otorgamiento de la

misma, el concesionario incurra en alguna de aquellas prohibiciones.

Sin embargo, el que nos encontremos ante una relación jurídica bilateral —eso es evidente— y el que existan remisiones a la legislación contractual pública no supone necesariamente que la concesión demanial sea un contrato. La bilateralidad no implica necesariamente el carácter contractual, siendo así que normalmente<sup>8</sup> un contrato supone un negocio bilateral, pero no siempre se da la relación inversa<sup>9</sup>.

En primer lugar y, ante todo, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio («TRLCAP»), no incluye la concesión demanial entre los contratos nominados.

Junto a ello, debe advertirse que las concesiones demaniales siguen un procedimiento de otorgamiento diferente al de los contratos, el cual es, además, regulado por las diferentes leyes sectoriales (por ejemplo, en los artículos 73 y siguientes de la Ley de Costas), por el RBEL (artículos 78 y siguientes) y, como a continuación veremos, por la Ley 3/2003, con carácter genérico (artículos 93 y 96). Bien podría haber una remisión genérica a la legislación contractual pública que, simplemente, no se produce.

Cabría entonces decir que las concesiones de uso privativo de bienes demaniales crean derechos y obligaciones en virtud de una decisión administrativa aceptada por el concesionario, dando lugar a una figura jurídica negocial o bilateral, pero no contractual, sometida a normas propias, sin perjuicio de la remisión en ocasiones a la figura de los contratos, a los que, sin duda, se parece; pero con los que no se identifica plenamente.

Es esta la línea que parece seguir la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 5/1996, de 7 de marzo, cuando señala que «la figura de la concesión demanial debe quedar relegada a supuestos que encajen en su concepto, sin que resulte aplicable a la misma la Ley de Contratos de las

<sup>8</sup> En algún supuesto —en el aspecto negocial de la constitución de la sociedad, por ejemplo— la doctrina se refiere a negocios o contratos «plurilaterales».

<sup>9</sup> Como ejemplo —eso sí, polémico— de negocio bilateral no contractual en el ámbito del Derecho Privado cabe citar la donación, «acto de liberalidad» regulado en los arts. 618 y siguientes del Código Civil, fuera, por tanto, «De las obligaciones y contratos» (arts. 1088 y siguientes), por más que alguna doctrina y cierta jurisprudencia se esfuerce en proclamar el carácter contractual de la donación.

Administraciones Públicas, sino su normativa específica» o en el Informe 27/1996, de 30 de mayo, en el que, planteada la cuestión de si en las licitaciones para la adjudicación de una concesión administrativa «la constitución de garantías provisionales o definitivas han de determinarse con arreglo al Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de 13 de junio de 1986 o con sujeción a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas», después de afirmar la plena aplicación de la legislación contractual a los supuestos de concesiones administrativas de servicios públicos, establece que «en las concesiones demaniales debe admitirse la subsistencia de los preceptos del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 13 de junio de 1986, con las especialidades que, en cuanto a garantías provisionales y definitivas se contienen en el artículos 87.3 y 90.1 del citado Reglamento».

Por su parte, el Tribunal Supremo nos enseña que «la concesión demanial supone una relación bilateral, que comporta para el concesionario unos determinados derechos administrativos que no pueden ser desconocidos por la libre decisión de la Administración concedente» (STS 6/5/1996), añadiendo que «ofrece un marcado, aun cuando no exclusivo, talante contractual» (STS 29/4/1988).

Como argumento de derecho positivo cabría señalar, además, que el artículo 89 de la Ley 33/2003 contempla como realidades jurídicas distintas contrato y concesión, al regular la ocupación por terceros de espacios en los edificios administrativos del patrimonio del Estado la concesión demanial y un «contrato que permita la ocupación de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto Legislativo 2/2002, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas».

En cualquier caso, lo que es indudable es que la concesión demanial constituye un derecho real administrativo, susceptible de ser ejercitado *erga omnes*, toda vez que «participa de la naturaleza jurídica de un derecho real administrativo de los particulares para el disfrute, uso y vindicación, exclusivo de un bien de dominio público» (STS 5 de diciembre de 1990), inscribible en el Registro de la Propie-

dad (artículos 31, 44, 60 y siguientes y 301 del Reglamento Hipotecario).

En este sentido, señala el artículo 93.2 de la Ley 33/2003 que «cualquiera que haya sido el procedimiento seguido para la adjudicación, una vez otorgada la concesión deberá procederse a su formalización en documento administrativo. Este documento será título suficiente para inscribir la concesión en el Registro de la Propiedad», hipotecable (artículo 107 de la Ley Hipotecaria), y transmisible en los términos previstos en el acuerdo de otorgamiento de la concesión y, en todo caso, con autorización administrativa (artículo 92.7.i) de la Ley 33/2003), salvo, claro está, que la legislación sectorial establezca lo contrario—recordemos que la Ley 33/2003 es supletoria de la misma—, como sucede en el ámbito de la Ley de Costas, cuyo artículo 70.2 prohíbe la transmisión *inter vivos* de algunas concesiones demaniales.

## 5.2. El derecho de propiedad separada o concesional

Además del derecho real administrativo en que la concesión demanial consiste, la Ley 33/2003 (artículo 97) reconoce al concesionario una suerte de propiedad separada o concesional sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido para el ejercicio de la actividad autorizada, la cual nos recuerda a la propiedad separada del superficiario.

La Ley se refiere a este derecho de propiedad con la mera denominación de derecho real, sin más, aunque después dirá que el mismo comprende «los derechos y obligaciones del propietario».

Sin embargo, por la propia naturaleza de las cosas, estamos ante un derecho de propiedad esencialmente limitado, constituyendo una suerte de dominio dividido a término, entre el concesionario, durante el tiempo que dure la concesión, a modo de propiedad sometida a término final o resolutorio, y la Administración concedente, propietaria sujeta a término inicial o suspensivo, toda vez que hará suyas las obras al término de la concesión.

Tal situación jurídica de división dominical comporta, obviamente, limitaciones<sup>10</sup>, que se unen a las inherentes al interés público subyacente.

<sup>10</sup> Siempre que se «comparte» el dominio de manera sucesiva en el tiempo nuestro ordenamiento jurídico establece limitaciones. Así sucede, por ejemplo, en materia de reservas (arts. 968 y siguientes del Código Civil).

En primer término, como no podría ser de otro modo, presenta una limitación temporal, siendo así que tendrá un periodo de vigencia coincidente con el plazo de validez de la concesión, la cual es soporte de la titularidad dominical.

Aunque sólo sea durante ese periodo de tiempo, la titularidad dominical del concesionario, permitirá al mismo presentarse ante el tráfico como propietario, lo que permitirá comportarse como tal a los efectos, por ejemplo, de obtener financiación precisamente porque es un propietario.

Ahora bien, el interés público subyacente en la relación concesional condiciona también el *ius disponendi* del propietario, dado que, aunque se admite la transmisión del objeto sobre el que recae el objeto del dominio, *inter vivos*, *mortis causa* o mediante la fusión, absorción o escisión de sociedades, será preciso en todo caso que los beneficiarios de la transmisión «cuenten con la previa conformidad de la autoridad competente para otorgar la concesión» (artículo 98.1 de la Ley 33/2003).

En la misma dirección, aunque se permite la hipoteca de los bienes sobre los que recae la propiedad temporal y separada, sólo podrá constituirse previa autorización de la autoridad competente para el otorgamiento de la concesión —determinando su falta la no inscripción y, por tanto, la no constitución de la hipoteca (artículo 1875 del Código Civil y 145 de la Ley Hipotecaria)— y en garantía de los préstamos contraídos por el titular de la concesión para financiar la realización, modificación o ampliación de las obras, construcciones e instalaciones de carácter fijo situadas sobre la dependencia demanial ocupada (artículo 98.2 de la Ley 33/2003).

Nos encontramos ante un nuevo intento del legislador de sacar el dominio público de su condición de tal, de manera que sin que se pierda el destino de los bienes que lo integran a las finalidades de uso o ser-

vicio público, puedan situarse aquéllos en un nuevo mercado para las infraestructuras, permitiendo la transferencia, siquiera temporal y forzosa, de la titularidad de esos bienes<sup>11</sup>.

La novedad que presenta esta hipotecabilidad de la propiedad separada se sitúa precisamente en la posibilidad de hipotecar los bienes sobre los que recae la concesión, además de la de la concesión misma, que es lo que prevé el artículo 107 de la LH, y, dentro de su ámbito, el artículo 255 del TRLCAP (introducido por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas), el cual, al regular «el objeto de la hipoteca de la concesión» dice que «las concesiones de obras públicas con los bienes y derechos que llevan incorporados serán hipotecables», esto es, admite la hipoteca de los bienes, pero como parte de la concesión.

Cabría plantearse si después de la entrada en vigor de la Ley 33/2003 resulta de aplicación este nuevo régimen de hipotecabilidad separada de las obras públicas producto del contrato de concesión, siendo así que el concesionario tiene derecho a utilizar tales obras (artículo 242). Se trataría, por ejemplo, de plantear, la posibilidad de hipotecar las «zonas complementarias» a que se refiere el artículo 223, lo cual puede ser nada desdeñable desde el punto de vista de la financiación.

Parece que la respuesta a la cuestión planteada debe ser afirmativa, no existiendo argumentos formales para sostener lo contrario, dada la confesada tendencia legislativa (véase la Exposición de Motivos de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que introduce el contrato de concesión de obra pública) a facilitar la financiación de la iniciativa privada en la construcción de tales obras.

De otro lado, los derechos de cobro de los créditos con garantía hipotecaria sobre esos bienes podrán ser cedidos total o parcialmente mediante la emisión de

<sup>11</sup> Se trata de un esfuerzo legislativo ya clásico, manifestado sobre todo en Francia, que ha acudido a diversas figuras que justificaran la división del dominio a efectos de financiación. A título de ejemplo, la Ley de 5 de enero de 1988 d'amélioration de la décentralisation acudió a la figura del censo enfiteútico (*bail emphytéotique*) para acudir a la financiación privada de equipamientos. Otras veces se ha acudido a las figuras del leasing o *crédit-bail* (incorporado al art. 34.7 Code du Domaine Public en 1994), a pesar de las reticencias del Conseil d'Etat. En España, antes de la Ley 33/2003, ya se advertían intentos de búsqueda de fórmulas justificativas de la financiación, por ejemplo en la Ley 13/1996, que introdujo modificaciones en la Ley de Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964, en el TRCAP y en la Ley de Autopistas de 10 de mayo de 1972, entre otras muchas.

participaciones hipotecarias a fondos de titulización hipotecaria.

Finalmente se establece que «podrán incorporarse a fondos de titulización de activos, previa autorización del Consejo de Ministros, a propuesta conjunta del de Economía y del competente por razón de la materia, previo informe de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, valores que representen participaciones en derechos de cobro del concesionario derivados de la explotación económica de la concesión de acuerdo con las condiciones establecidas en el título concesional y conforme a lo previsto en la legislación aplicable a dichos fondos de titulización de activos» (artículo 99 de la Ley 33/2003).

## 6. OTORGAMIENTO DE LA CONCESIÓN DEMANIAL

Como antes decíamos, la Ley 33/2003 contiene un procedimiento para el otorgamiento de las concesiones demaniales, el cual es similar al contenido en las legislaciones especiales y en los artículos 78 y siguientes del RBEL.

Así, de acuerdo con la Ley 33/2003, el otorgamiento de concesiones sobre bienes de dominio público se efectuará en régimen de concurrencia<sup>12</sup> —salvo en los casos excepcionales previstos en el artículo 137.4, en que cabrá otorgamiento directo de la concesión—, a través del procedimiento regulado en el artículo 96 de la Ley —común al previsto para las autorizaciones demaniales—, el cual podrá iniciarse «de oficio o a solicitud de persona interesada» (artículo 96.1), aunque no parece el legislador utilizar el término «solicitud» en sentido técnico-jurídico (el empleado en los artículos 68 y 70 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), sino como sinónimo de mera petición, ya que, en rigor, el procedimiento de otorgamiento de la concesión se inicia siempre de oficio, sin perjuicio de que la decisión de la Administración venga motivada por una petición del particular, según se desprende del artículo 96.4 de la Ley 33/2003. Si se tratara de una solicitud *stricto sensu*, ella misma iniciaría el procedimiento (ar-

tículo 68 de la Ley 30/1992), con independencia de la decisión final que adoptara la Administración que resolviera el procedimiento ya iniciado.

Esta previsión de la Ley 33/2003 en cuanto a la forma de iniciación es coherente con la consideración consagrada en la jurisprudencia de que el otorgamiento de la concesión es discrecional (sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1954, 26 de noviembre de 1956 y 30 de julio de 1986), no existiendo, pues, un derecho a la misma ni tampoco a la iniciación de un procedimiento encaminado a su otorgamiento.

Tal consideración debe, no obstante, ser objeto de algunas matizaciones. En ocasiones, sí que cabe hablar de la preexistencia de un derecho a obtener una concesión, porque la norma misma así lo prevé, como sucede, por ejemplo, en la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, cuyos artículos 67 y siguientes prevén un derecho a obtener la concesión por el titular de un previo permiso de investigación.

De otro lado, claro está, el otorgamiento o la denegación de la concesión debe producirse de acuerdo con el interés público, actuando éste como matización de la discrecionalidad, ministerio *Constitutionis*, (artículos 103 y 106 de la Constitución de 1978), según prevé la Ley 33/2003 cuando señala que «para decidir sobre el otorgamiento de la concesión [...] se atenderá al mayor interés y utilidad pública de la utilización o aprovechamiento solicitado, que se valorarán en función de los criterios especificados en los pliegos de condiciones» (artículo 96.5).

En cualquier caso, el plazo máximo para resolver el procedimiento será de seis meses, siendo el silencio negativo en caso de falta de resolución, según establece la Ley 33/2003 en perfecta sintonía con el artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que prevé la desestimación presunta por silencio negativo de una solicitud cuando su estimación supusiera transferencia de facultades relativas al dominio público, como sucedería en el supuesto de solicitud de una

<sup>12</sup> En el caso del demanio estatal, las concesiones se otorgarán por los ministros titulares de los departamentos a que se encuentren afectados, o corresponda su gestión o administración, o por los presidentes o directores de los organismos públicos que los tengan adscritos o a cuyo patrimonio pertenezcan (art. 95 de la Ley 33/2003).

concesión, aunque, como antes decíamos, no parece estar refiriéndose a la misma solicitud<sup>13</sup>.

Además, las concesiones demaniales se otorgan, con fórmula reiterada en la legislación y la jurisprudencia (artículos 80.11 RBEL y 66 de la Ley de Costas)<sup>14</sup> «sin perjuicio de tercero», lo que significa que no prejuzgan la existencia y validez o preferencia de otros derechos que pudieran ser incompatibles con los reconocidos por el título concesional, de suerte que, en la hipótesis de conflicto del derecho del concesionario con situaciones jurídicas consolidadas, aquél habrá de hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes, sin que la Administración concedente pueda resolver el conflicto por su decisión unilateral, careciendo como carece de competencia para alterar situaciones jurídicas civiles.

## 7. CONTENIDO

Sin perjuicio de los demás extremos que puedan incluir las condiciones generales o particulares, el acuerdo de otorgamiento de una concesión demanial, deberá contener una serie de menciones necesarias enumeradas en el artículo 92.7 de la Ley 33/2003, de las que destacamos algunas por su importancia para el régimen concesional.

Así, se establece como contenido necesario del acuerdo la reserva por parte de la Administración «de la facultad de inspeccionar el bien objeto» de la concesión «para garantizar que el mismo es usado de acuerdo con los términos» de la misma, lo que es coherente con la circunstancia de que, a pesar de la concesión, la titularidad del demanio sigue siendo pública, de lo que se extrae también la posible exigencia y mención de una garantía al concesionario para garantizar las contingencias derivadas de la explotación.

De otro lado, habrá de especificarse el régimen económico de la concesión, teniendo en cuenta que las concesiones de uso privativo o aprovechamiento especial del dominio público pueden 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 la Ley 25/1998, 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.

Ahora bien, siendo así que la tasa se conecta causalmente con la utilización de los bienes demaniales, la Ley 33/2003 establece la no sujeción a tasa cuando la utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes de dominio público no lleve aparejada una utilidad económica para el concesionario, o, aun existiendo dicha utilidad, la utilización o aprovechamiento entrañe condiciones o contraprestaciones para el beneficiario que anulen o hagan irrelevante aquélla.

Es también objeto de mención necesaria el plazo de duración de la concesión y las posibles prórrogas del mismo.

En efecto, es esencial a las concesiones que se otorguen por tiempo determinado, no pudiendo tener carácter perpetuo o indefinido, debiendo fijarse su duración y sus posibles prórrogas. Las diferentes leyes sectoriales fijarán el plazo máximo de duración (la Ley de Costas, por ejemplo, establece un plazo máximo de 30 años en su artículo 66), señalando la Ley 33/2003 a sus efectos que «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». Abandona de este modo la Ley el tradicional plazo máximo de noventa y nueve años (previsto en el artículo 79 del RBEL), el cual tenía la finalidad histórica de evitar la prescripción adquisitiva de los bienes por posesión inmemorial, lo que hoy es absolutamente imposible, dada la insusceptibilidad de los bienes demaniales de ser objeto de *possessio ad usucapionem*, siendo como son imprescriptibles (artículo 132 de la Constitución, 1936 del Código Civil y 6.º) y 30 de la Ley 33/2003).

<sup>13</sup> En cualquier caso, en el régimen de la Ley 30/1992, los procedimientos iniciados de oficio destinados a producir efectos favorables, como sería el otorgamiento de la concesión para el concesionario, transcurrido el plazo máximo para resolver, producen los mismos efectos que el silencio administrativo, con lo que el resultado práctico es el mismo; así se extrae del art. 44.1.

<sup>14</sup> Fórmula, no obstante, no prevista en la Ley 33/2003, aunque su no previsión no supone, obviamente, que la Administración concedente pueda hacer lo que la cláusula citada trata de evitar.

## 8. EXTINCIÓN

Deberá contener el acuerdo, además, las causas de extinción de la concesión que, además del transcurso del plazo de la misma, que determina su «caducidad», son, sintéticamente, las siguientes (artículo 100 de la Ley 33/2003).

La concesión demanial puede extinguirse, en primer término por su «rescate», «previa indemnización» (véase también los artículos 78 y 79 de la Ley de Costas), en lo que constituye, en rigor, una expropiación forzosa de las llamadas virtuales, por no estar sometidas a los cauces genéricos de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, señalando la Ley que «los derechos de los acreedores hipotecarios cuya garantía aparezca inscrita en el Registro de la Propiedad en la fecha en que se produzca el rescate serán tenidos en cuenta para determinar la cuantía y receptores de la indemnización.» (artículo 101.3 de la Ley 33/2003).

No parece admitir la Ley 33/2003 «la revocación unilateral sin derecho a indemnización» (artículo 93.5 *in fine* y 100. d), posibilidad que el legislador reserva para las autorizaciones «a precario» más arriba comentadas, a pesar de que en la jurisprudencia encontramos ejemplos de revocación de concesiones otorgadas también «a precario» (por ejemplo, sentencias del Tribunal Supremo de 29/11/1980, 11/11/1986 y 6 de mayo de 1996).

Todavía dentro de las decisiones unilaterales de la Administración, la concesión se extingue por resolución de la misma fundamentada en el incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario, causa de extinción a menudo denominada también caducidad (artículo 86 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas), dicción que la Ley 33/2003 reserva para el transcurso del plazo concesional. El expediente iniciado a los efectos de la resolución será notificado a los acreedores hipotecarios que pudieran existir, «para que puedan comparecer en defensa de sus derechos y, en su caso, propongan un tercero que pueda sustituir al concesionario que viniere incumpliendo las cláusulas de la concesión» (artículo 101.4 de la Ley 33/2003).

No prevé la Ley 33/2003, sin embargo, la extinción de la concesión por decisión unilateral del concesionario o renuncia del mismo, posibilidad consagrada en alguna normativa especial (por ejemplo, el

artículo 78 de la Ley de Costas) y, en principio, creemos que genéricamente admisible, siempre que no sea contraria al interés o al orden público ni perjudique a tercero (artículo 6.2 del Código Civil).

Como causa de extinción bilateral contempla la Ley 33/2003 el mutuo disenso de concedente y concesionario, posibilidad enteramente lógica, dado el carácter de la relación jurídica entablada entre las partes.

Desde el punto de vista objetivo, se extinguirá también la concesión por la desaparición del bien demanial a que se refiere la concesión, la cual puede ser tanto física (es el caso, por ejemplo, de los artículos 83.5 y 86 de la Ley 22/1973, de Minas, cuando se refieren al «agotamiento del recurso»), como jurídica, cuando el bien sea desafectado, pasando a convertirse en bien patrimonial, y quedando sustituida la concesión por una relación de igual contenido, pero de carácter privado, «correspondiendo al orden jurisdiccional civil conocer de los litigios que surjan» (artículo 102.3 de la Ley 33/2003).

Por muerte o incapacidad sobrevenida del usuario o concesionario individual o extinción de la personalidad jurídica.

Es, finalmente, también causa de extinción de la concesión demanial, la falta de autorización previa en los supuestos de transmisión o modificación, por fusión, absorción o escisión, de la personalidad jurídica del concesionario, siendo como es aquella siempre necesaria, como antes veíamos.

Como efecto común a la extinción de la concesión, las obras, construcciones e instalaciones fijas existentes sobre el bien demanial deberán ser demolidas por el titular de la concesión o, por ejecución subsidiaria, por la Administración a costa del concesionario, a menos que se hubiera previsto expresamente su mantenimiento en el título concesional o que así lo acuerde la Administración, supuestos en que aquéllas serían adquiridas por ésta gratuitamente y libres de cargas y gravámenes (artículo 101.1 y 2 de la Ley 33/2003).

## 9. CONCLUSIONES

Enlazando con lo que comentábamos al principio del presente artículo, y a modo de conclusión, podemos señalar como principales aportaciones de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, las siguientes:

- En primer lugar, se lleva a efecto una completa regulación del régimen jurídico de la utilización por los sujetos privados de los bienes del dominio público, en especial, a través de las concesiones demaniales, lo que simplificará buena parte de los problemas prácticos que las concesiones habían presentado hasta el momento en relación con los derechos que tal uso confiere.
- Además del derecho real administrativo en que la concesión demanial consiste, la Ley 33/2003 (artículo 97) reconoce al concesionario una suerte de propiedad *separada* o *concesional* sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido para el ejercicio de la actividad autorizada durante el tiempo que dure la concesión, con la importante consecuencia de la posible transmisión, previa autorización, del objeto sobre el que recae el objeto del dominio, *inter vivos*, *mortis causa* o mediante la fusión, absorción o escisión de sociedades.
- Se permite, asimismo, también con autorización, junto a la hipoteca sobre la concesión misma, ya reconocida antes en nuestro Derecho, la hipoteca de los bienes sobre los que recae la propiedad separada o concesional a que nos acabamos de referir, en garantía de los préstamos contraídos por el titular de la concesión para financiar la realización, modificación o ampliación de las obras, existiendo argumentos para sostener que este nuevo régimen de *hipotecabilidad* separada es aplicable respecto de las obras públicas producto del contrato de concesión de obra pública, regulado en el TRLCAP, a pesar del carácter supletorio de la Ley 33/2003. Tal previsión tendrá importantísimas consecuencias desde el punto de vista de la posible financiación de las obras.
- De otro lado, los derechos de cobro de los créditos con garantía hipotecaria sobre esos bienes podrán ser cedidos total o parcialmente mediante la emisión de participaciones hipotecarias a fondos de titulización hipotecaria.
- Finalmente se establece que «*podrán incorporarse a fondos de titulización de activos, previa autorización del Consejo de Ministros, a propuesta conjunta del de Economía y del competente por razón de la materia, previo informe de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, valores que representen participaciones en derechos de cobro del concesionario derivados de la explotación económica de la concesión de acuerdo con las condiciones establecidas en el título concesional y conforme a lo previsto en la legislación aplicable a dichos fondos de titulización de activos*» (artículo 99 de la Ley 33/2003).