

EL REGIMEN JURIDICO DEL PATRIMONIO DE DESTINO EN LA CONCESION ADMINISTRATIVA DE SERVICIO PUBLICO

POR

DIEGO JOSÉ VERA JURADO

Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de Málaga

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. BIENES DE LA ADMINISTRACIÓN DESTINADOS O AFECTOS A LA EXPLOTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO POR CONCESIÓN ADMINISTRATIVA.—III. BIENES INCORPORADOS POR EL CONCESIONARIO A LA EXPLOTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO: 1. *Situación jurídica de la Administración en relación con los bienes aportados por el concesionario del servicio público. Titularidad.* 1.1. La Administración propietaria de los bienes. 1.2. El concesionario es propietario de las instalaciones.—IV. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA AFECTACIÓN DE BIENES PRIVADOS A UN SERVICIO PÚBLICO EN RÉGIMEN DE CONCESIÓN: 1. *Conservación del patrimonio concesional destinado por el particular al servicio público.* 2. *Enajenación del patrimonio concesional destinado por el particular al servicio público:* 2.1. La enajenación de concesiones en general. 2.2. Enajenación de bienes aislados de la concesión. 3. *Embargo y ejecución del patrimonio concesional.*

I. INTRODUCCIÓN

Decía un autor en cierta ocasión que «en la concesión administrativa se ha encontrado una razonable fórmula que equilibra, sin menoscabo alguno de una lógica y obligada planificación, la actividad individual competitiva y con suficiente margen de creatividad, y las necesidades comunitarias». Casi se podría decir, continúa el citado autor, que «la llamada economía mixta de mercado tiene más plasmación en esta nueva fórmula de actuación que en la coexistencia de la empresa privada con la empresa del sector público» (1).

Ciertamente es una realidad palpable que la mayoría de los servicios públicos están gestionados a través de técnicas indirectas por los particulares, y dentro de estas técnicas indirectas, por la concesión administrativa en particular. La gran peculiaridad de esta técnica indirecta de gestión radica en la diversidad de elementos e intereses que la componen. Junto a elementos de claro matiz privado confluyen elementos de origen público, y esta especial con-

(1) CARREAU, *Concessionnaire de service public et travaux réalisés sur le domaine public*, AJDA, París, 1966, pág. 81.

fluencia crea una pugna de títulos de intervención. Respecto de este tema comentaba GARCÍA DE ENTERRÍA que «todos los problemas jurídicos administrativos consisten en buscar un equilibrio entre privilegios y garantías. En definitiva, se trata de perseguir y obtener el eficaz servicio del interés general, sin mengua de las situaciones jurídicas de los ciudadanos» (2).

En este trabajo se analiza la influencia que tendrá la pugna de títulos de intervención (públicos y privados) sobre el patrimonio que sustenta el servicio público en régimen de concesión.

El concesionario, una vez obtenida la concesión o título habilitante para la gestión y explotación del servicio público, tiene como principal obligación la de crear una empresa concesionaria. Esto implica la aportación de toda una infraestructura, en terminología de WAIS (3), con unos principios de organización y funcionamiento. Puede ocurrir también, como apunta GARCÍA-TREVIJANO (4), que se vea obligado a adquirirla de otro concesionario decaído, aunque esta posibilidad es más remota.

El primer paso para el análisis jurídico de este patrimonio es confeccionar una relación de los elementos que se deben incorporar al servicio público. Para ello nos serviremos de una clasificación, ya clásica, de CARRETERO PÉREZ (5):

- Bienes de propiedad de la Administración incorporados a la concesión.
- Bienes propiedad del concesionario incorporados a la concesión: afectos y no afectos.

II. BIENES DE LA ADMINISTRACIÓN DESTINADOS O AFECTOS A LA EXPLOTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO POR CONCESIÓN ADMINISTRATIVA

Dentro del grupo de bienes que se incorporan al servicio público se encuentran los bienes cuya titularidad es pública, en cualquier

(2) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1982, pág. 88.

(3) J. BERMEJO VERA, *Régimen jurídico del ferrocarril en España*, Ed. Tecnos, Madrid, 1975, pág. 50, donde dice: «Todos los elementos aportados a la concesión integran la infraestructura del servicio público.»

(4) GARCÍA-TREVIJANO, *Desintegración de empresas y reversión de concesiones*, «RDM», núm. 57, 1955, págs. 202-204.

(5) CARRETERO PÉREZ, *La expropiación forzosa de concesiones*, «RDAF», núm. 10, 1956, págs. 10-12.

ra de sus modalidades. Estos elementos se incorporan al servicio público para que, junto con los aportados por el concesionario, que suelen ser la mayoría, constituyan el soporte físico de la empresa concesional.

Nuestro ordenamiento positivo, tanto a nivel general [arts. 220 RCE, 128 RSCL (6) y 126-128 LPA] como en regulaciones de ámbito sectorial (arts. 31.1 LF y 72 TEL), confieren al concesionario el derecho a utilizar los bienes demaniales necesarios para el correcto funcionamiento del servicio.

Artículo 220 RCE: «En interés del servicio, y cuando así se haya pactado, el empresario tiene derecho a utilizar los bienes de dominio público en la forma convenida y a ser beneficiario de la expropiación forzosa...»

Artículo 128.3 RSCL: «Serán derechos del concesionario: 3.º utilizar los bienes de dominio público necesarios para el servicio.»

Igualmente, el Tribunal Supremo, en una importante Sentencia de 4 de julio de 1967 (art. 2876), establece la utilización de bienes de dominio público por el concesionario, gestor de un servicio público. La citada Sentencia se expresa en los siguientes términos: «utilizar por el concesionario los bienes de dominio público necesarios para el servicio público» (7).

Aparte de la incorporación directa, existe una segunda técnica de aportación de bienes de dominio público a la concesión, nos referimos a la técnica expropiatoria. La utilización que conlleva la implantación del servicio público concedido permite utilizar el procedimiento expropiatorio para incorporar elementos precisos para su adecuado desarrollo, ostentando el concesionario la cualidad de beneficiario. Si el bien, por el contrario, no es necesario para la gestión del servicio público, la expropiación no puede tener lugar por carecer de cauca legitimadora.

En lo referente al tema de la titularidad de estos bienes, hay

(6) A tenor de la Disposición final de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, siguen en vigor los reglamentos siguientes: RCCL, RBCL y RSCL.

(7) Un tema relacionado con éste, y al que sólo aludiremos, es el de las superposiciones concesionarias. ARIMANY LAMOGLIA ha estudiado el tema, y mantiene la atracción de las concesiones demaniales por las de servicio (S. 4 julio 1967). ARIMANY LAMOGLIA, *La reversión de las instalaciones en la concesión administrativa de servicio público*, Ed. Bosch, págs. 67 y 68. En el mismo sentido se expresan RODRÍGUEZ OLIVER (*Lecciones de dominio público*, Madrid, 1975, pág. 58) y SÁNCHEZ DÍAZ (*La concesión en el régimen de utilización de los bienes de dominio público de las corporaciones locales*, núm. 184, 1974, pág. 708).

que indicar que el estar afectos a un servicio público, aunque sea en régimen de gestión indirecta, no tiene ningún significado relevante sobre la demanialidad. En otras palabras, las facultades dominicales les están vetadas a los concesionarios sobre estos bienes (8).

Otros aspectos de su régimen jurídico tampoco plantean especiales problemas, ya que, al coincidir titularidad pública con afectación a un servicio público, no se producen pugnas de intereses (públicos y privados) (9). No obstante, sí plantea cierta polémica el tema de la posición que ocupa el concesionario respecto a los bienes afectos. Las posturas doctrinales son encontradas. Mientras un grupo de autores, entre los que se encuentran ALBI, LÓPEZ PELLICER y SÁNCHEZ DÍAZ (10), mantienen la ausencia de derecho real por parte del concesionario, ya que, tratándose de bienes necesarios para la prestación de un servicio público, su utilización no se otorga en sí misma considerada para el aprovechamiento privativo del dominio público por el concesionario, sino que se supeditan a la prestación del servicio a que estén destinados; otros, entre los que se encuentra GONZÁLEZ PÉREZ (11), mantienen la posibilidad de derechos reales sobre el dominio público por parte del concesionario, que en ningún caso suponen la adquisición del mismo, sino su explotación con fines concretos.

Por último, se puede aludir al tema de la reversión de estos bienes, los cuales se ven afectados, incluso desapareciendo la cualidad de necesarios que se predica de ellos en principio, por el efecto reversional. Estos bienes no pueden darse de baja en el establecimiento correspondiente bajo ningún concepto [Base 2.^a, ap. c), de la LOF] (12):

(8) LÓPEZ PELLICER y SÁNCHEZ DÍAZ, *La concesión administrativa en la esfera local*, IEAL, 1976, pág. 162. «Es indudable que la Administración en caso de concesión de un servicio público a que estén afectos bienes de su propiedad, en cualquiera de los anteriores supuestos conserva su titularidad dominical sobre aquellos bienes o dependencias del servicio público que hayan sido puestos a disposición del concesionario.»

(9) ARIÑO ORTIZ, *La afectación de bienes al servicio público*, EANP, Madrid, 1973, págs. 15 y 16.

(10) LÓPEZ PELLICER y SÁNCHEZ DÍAZ, *loc. cit.*, pág. 139, y ALBI, *Tratado de los modos de gestión de los servicios públicos*, pág. 537.

(11) GONZÁLEZ PÉREZ, *Derechos reales administrativos*, Madrid, 1975, pág. 26.

(12) CARRETERO PÉREZ, *loc. cit.*, pág. 83. «Los bienes que la Administración afecta a la explotación, sean de dominio público o de propiedad privada de la Administración, estos bienes son de la Administración y no revierten, sino que cesa la posesión del concesionario, que debe devolverlos sin derecho a indemnización.»

En igual sentido, apunta GARCÍA-TREVIJANO (*loc. cit.*, pág. 204) que el supuesto de

Base 2.^a, ap. c), de la LOF: «Quedan fuera del rescate los terrenos declarados sobrantes y otras propiedades y derechos del concesionario no relacionados con la explotación, siempre que no fuesen del Estado o de dominio público antes de la concesión.»

Hemos podido observar cómo el concepto clave para la regulación de este patrimonio es el de afectación. No obstante, esto no supone una construcción especialmente novedosa, ya que la afectación tradicionalmente se ha estudiado desde el dominio público. Será en el siguiente apartado cuando tratemos el tema desde una óptica más sugestiva, es decir, la afectación como principal factor de la regulación jurídica del patrimonio de los particulares incorporados al servicio público.

III. BIENES INCORPORADOS POR EL CONCESIONARIO A LA EXPLOTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

Al igual que veíamos en el apartado anterior que los bienes aportados por la Administración al servicio público no plantean ningún problema relevante en su régimen jurídico, son éstos, es decir, los incorporados por el concesionario, los que plantearán una problemática más rica en consecuencias jurídicas. Hay que indicar que nos encontramos ante un *tertium genus*, con una regulación jurídica que no es la propia de los bienes de dominio público, ya que son bienes de titularidad privada, y tampoco es la propia de los bienes de propiedad privada porque están afectos a un servicio público (13). El análisis del Patrimonio se practicará desde cada uno de los sujetos que intervienen en la Relación Jurídica:

reversión sólo se da cuando existe paso de bienes del concesionario a la Administración.

(13) ARIÑO ORTIZ (*loc. cit.*, pág. 17): «Los problemas más graves de los bienes afectos al servicio público y su régimen jurídico se plantean no en relación con bienes cuya titularidad corresponde al Estado, sino con los bienes de propiedad privada que han sido incorporados o afectados a la realización de una obra o a la gestión de un servicio público»; LÓPEZ PELLICER (*loc. cit.*, pág. 163): «la afectación o destino de bienes privados a un servicio público en régimen de concesión, admitida por la doctrina jurídico-administrativa, es la que plantea una problemática más variada.»

1. *Situación jurídica de la Administración en relación con los bienes aportados por el concesionario del servicio público. Titularidad.*

Como apunte previo a la exposición del tema, hay que aludir a la afectación como factor determinante del régimen jurídico. Los conceptos de titularidad y de afectación de bienes, si bien aparecen unidos en la doctrina administrativa del dominio público, aluden a elementos distintos. El primero al aspecto dominical y el segundo al aspecto funcional. No obstante, la elaboración de la doctrina se ha realizado siempre desde la perspectiva de los bienes de dominio público, para distinguirlos de los patrimoniales. La afectación sería, aplicando lo expuesto, la acción de destinar un bien de la Administración Pública a un servicio público (14).

Determinados artículos de nuestra legislación (339-341 CC, artículo 5 RBCL) tienden al estudio de la afectación desde la titularidad. El origen de esta unión entre afectación y titularidad en Derecho administrativo se puede encontrar en la construcción del Derecho patrimonial administrativo conforme a esquemas de Derecho privado, apoyándose, como hace éste, en el concepto de propiedad para construir el derecho de cosas. En este planteamiento se observa una clara influencia del Derecho francés, que había perdido la teoría romana de las cosas públicas (15).

En contraposición a la tendencia apuntada, aparece una segunda que mantiene que las cosas son públicas o no según el destino, y no según el titular dominical (16). La afectación no ha sido estudiada, desde este punto de vista, como factor autónomo y determinante por sí sólo de un régimen jurídico (17).

Según esta segunda postura habría que sostener que en Derecho público es más importante la función (destino) que la titularidad formal; y esto por una simple razón estrechamente ligada al sentido mismo del Derecho público, como derecho para la organización y

(14) BALLBÉ PRUNES, «Dominio público», *Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona, 1956, pág. 781; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, pág. 48; CLAVERO ARÉVALO, *La inalienabilidad del dominio público*, Sevilla, 1958, págs. 13-28.

(15) FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Sobre la incorporación al Código civil de la noción de dominio público*, «RFDM», 1942, págs. 113-117.

(16) FERNÁNDEZ DE VELASCO, *loc. cit.*, pág. 113; GARCÍA-TREVIJANO, *Titularidad y afectación en el ordenamiento jurídico español*, núm. 29 de esta REVISTA, 1959, págs. 11-59; ARIÑO ORTIZ, *loc. cit.*, pág. 42.

(17) ARIMANY LAMOGLIA, *loc. cit.*, pág. 97.

comunicación de intereses comunes y sociales (18). Desde este especial punto de vista no existen problemas jurídicos para afirmar al mismo tiempo la titularidad privada de una cosa y el carácter público de ésta. Se produce, como ha indicado cierto sector de la doctrina, un nuevo modo de *publicatio* de las cosas, que toma sentido por el destino o afectación a un servicio público, y no por el simple dato de la titularidad (19).

Es la doctrina alemana de las cosas públicas la que mantiene este segundo, y más sugestivo, planteamiento. Se admite por estos autores la posible titularidad privada de las cosas públicas. Esto conecta con el modelo actual de actividades estatales, que normalmente utiliza bienes ajenos para la realización de tareas y servicios que le corresponden. Bienes que, por lo tanto, estarán sometidos a un régimen jurídico mixto, en el que confluyen títulos públicos y privados.

Las dos líneas doctrinales (francesa y alemana) expuestas sirven de soporte a las también dos tendencias que sobre la titularidad de los bienes apuntados por el concesionario se mantienen. Estas últimas se deben analizar teniendo en cuenta los límites entre los que se desarrolla el binomio afectación-titularidad.

1.1. *La Administración, propietaria de los bienes.*

Como expusimos en líneas anteriores, es la tendencia mayoritaria de la doctrina francesa (20). Se considera que la afectación a

(18) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *loc. cit.*, pág. 38; ARIÑO ORTIZ, *loc. cit.*, pág. 30; GARCÍA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, AE, Madrid, 1977, página 31; ARIÑO ORTIZ, *El servicio público como alternativa*, «REDA», núm. 23, 1979, pág. 538.

(19) En el mismo sentido, ARIMANY LAMOGLIA, *loc. cit.*, págs. 63 y 64. «Es conocida la necesidad que tradicionalmente ha tenido la Administración de títulos concretos con los que poder legitimar su acción interventora. En el contexto del Estado liberal, el dominio público fue el instrumento que permitió incidir sustancialmente sobre las actividades privadas desarrolladas sobre el mismo. Sin embargo, más tarde surgiría un título independiente y más fuerte que el anterior que consiste en la absorción de la titularidad de la actividad misma por la Administración, es decir, en la llamada *Publicatio* del sector mediante la declaración de servicio público.»

(20) Doctrina francesa en la que destacan, entre otros, SIORAT, *La notion d'affectation en matière domaniale*, págs. 867 y ss. Señala este autor: «Analizar el problema de la afectación como condición de la incorporación al dominio público (titularidad), deslindándose de la afectación como acto de gestión del dominio público.» Según este autor, la afectación puede ser definida como el destino a un fin de utilidad pública, por razón del cual un bien perteneciente a la Administración se encuentra incorporado en el dominio público. LAUBADERE, *Traité élémentaire de droit administrative*, tomo II, Paris, 1968, pág. 144. Define la afectación diciendo que es el acto o el hecho por el cual se da a un bien un destino particular. Encuadra este

un servicio público de un patrimonio es un elemento con virtualidad suficiente para integrar a un bien en la esfera jurídica del dominio público, con independencia de que la financiación y gestión recaigan sobre la iniciativa privada (art. 4.1 RBCL, según el cual, «son bienes de dominio público los destinados directamente al ejercicio de funciones cuya titularidad corresponde al Municipio o a la Provincia...»).

Junto al anterior argumento, ya clásico, se unen otra serie de especulaciones doctrinales, entre las que se pueden destacar las siguientes:

La asimilación que realiza este sector doctrinal entre las concesiones de servicio público y obras públicas, en el caso de que las primeras necesiten para su desarrollo inmovilizados previos. De esta manera, las instalaciones surgidas se consideran dependencias administrativas (construcción teórica) (21).

Otro argumento, y tal vez el más debatido, se centra en la existencia del efecto reversional. Mantienen estos autores que los bienes pertenecen a la Administración durante el período concesional, porque en su día revertirán al patrimonio público. El núcleo de este razonamiento jurídico se puede encontrar en dos argumentos cuyo origen se encuentra en el Derecho privado. El primero hace referencia a la teoría de los bienes gravados, según la cual todo bien gravado de restitución pertenece siempre al beneficiario de la misma (por ejemplo, depósito, art. 1758 CC). La segunda, por su parte, hace referencia a la imposibilidad de existencia de propiedades *ad tempus*, propia de concesión.

Pero no sólo existen argumentos doctrinales. La legislación también aporta argumentos que nos hacen pensar en la posible demanialidad del patrimonio aportado por el concesionario al servicio público. Así, el artículo 7 de la LF: «todas las líneas de ferrocarriles de servicios generales son de dominio público». El artículo 17.1 LA: «los bienes y derechos expropiados que quedan afectos a la concesión se incorporan al dominio público del Estado desde su ocupación...». El artículo 107.1 LH: «elementos que por no estar directa y exclusivamente destinados al servicio público sean del dominio particular de los concesionarios» (*a sensu contrario*).

autor la afectación entre las operaciones que han de concurrir para la constitución del dominio público, junto con la adquisición del bien, por lo que éste cae en el patrimonio general de la Administración.

(21) ARIMANY LAMOGLIA, *loc. cit.*, pág. 70.

Particularmente, creemos que estos argumentos no son lo suficientemente consistentes como para establecer de manera definitiva la demanialidad de los bienes afectos por el particular al servicio público. Mientras el primer argumento es una construcción teórica, cuya valoración práctica, a la hora de mantener la demanialidad, sería dudosa, el segundo, por su parte, aparenta tener más consistencia jurídica, lo cual no es óbice para puntualizar determinadas cuestiones. En primer lugar, que, a pesar de la aparente corrección del mecanismo de reversión, la práctica se ha encargado de demostrar que no ha funcionado satisfactoriamente. El principal inconveniente que ofrece la cláusula de reversión reside en la circunstancia de que el particular-concesionario se inclina, en la mayoría de las ocasiones, por la rápida amortización y obtención de beneficios. Antes de verse sometido a los efectos jurídicos y económicos de la reversión, el concesionario intentará obtener el máximo beneficio de los elementos patrimoniales, despreocupándose a menudo de su mantenimiento y revocación. Se puede llegar al peligro, frecuente en la práctica, de que lo que reciba la Administración sean instalaciones viejas e inservibles para la función que han de cumplir. La cláusula de reversión tuvo un origen político; hoy, por el contrario, es una simple cláusula económica o patrimonial que perjudica el mejoramiento de la empresa por oponerse a la necesidad de la amortización de las inversiones (22). Junto a esta crítica que realiza la propia doctrina sobre la reversión está la realizada por el propio Consejo de Estado, basándose en los cambios estructurales que ha sufrido la concesión, donde la reversión es un obstáculo para su adecuado desarrollo.

«La Administración concedente venía presidida por un concepto lleno aún de reminiscencias regalianas: el mismo concepto que postulaba la condición esencial de las cláusulas de reversión dentro de la naturaleza de la concesión» (Dict. 4 febrero 1965, ex núm. 33360).

La legislación se ha hecho eco de estos planteamientos y se está optando por omitir, cada vez con más frecuencia, la cláusula de reversión del vínculo concesional sustituyéndola por otras fórmulas que permitan agilizar y hacer más eficaz el servicio público (derecho de preferencia adquisitiva a favor del Estado, fórmulas de coin-

(22) GARCÍA-TREVIJAÑO, *loc. cit.*, pág. 206.

teresamiento en el servicio público...). Ejemplos existen en nuestra legislación: Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960 y Decreto de 31 de octubre de 1946, CTNE. Esto llega a su punto culminante con el servicio de suministro de energía eléctrica, que desconoce por completo el sistema de reversión.

Una vez puntualizado lo anterior, nos queda el plantearnos la posición que ocupa el particular-concesionario respecto a los bienes, dentro de la configuración que realiza esta línea doctrinal. El concesionario, en principio, parece que tiene un derecho real sobre los bienes, lo que la doctrina clásica califica de *ius in re aliena*. El contenido de este derecho real se encontraría en la facultad exclusiva y directa del goce y explotación de los elementos materiales afectos a la concesión. Como ha indicado GONZÁLEZ PÉREZ (23), este derecho puede tener ciertas analogías con figuras de amplia tradición jurídica, como el usufructo, pero no se debe enmarcar en este contexto, sino entre los llamados derechos reales administrativos, sometidos a un régimen jurídico propio (24).

Existen en nuestra legislación fundamentos suficientes, a juicio de este sector doctrinal, para justificar el derecho real que ostenta el concesionario y, en consecuencia, la propiedad de la Administración. Ejemplos: el artículo 31 RH: «las concesiones administrativas, en cuanto se refieren a bienes inmuebles o derechos reales, se inscribirán mediante la escritura pública correspondiente...»; los artículos 44.6, 60 a, 66 y 72 RH; artículo 107.6 LH. Decreto 31-10-1946 CTNE. La Ley de 21-4-1949 (concesión ferroviaria): «las concesiones están equiparadas por la legislación y la doctrina al usufructo temporal de capitales».

El Tribunal Supremo, por su parte, también ha mantenido el criterio de considerar a la Administración titular de los bienes concesionales, y al concesionario titular de un derecho real de disfrute de dichos bienes (SS. 7-2-1972, 24-11-1976, 20-7-1983, 26-1-1974, 19-6-1964, 3-11-1967). La S. 7-2-1972 dice: «... El dominio público inherente a los terrenos utilizados por las líneas ferroviarias se extingue mediante la desafectación implícita en el acto administrativo que los declare sobrantes, momento en el cual pierde toda relación directa con la explotación y se incorporan al patrimonio de la empre-

(23) GONZÁLEZ PÉREZ, *Los derechos reales administrativos*, Ed. Civitas, Madrid, 1975, pág. 32.

(24) En la concesión existe una facultad unilateral de revocación de la Administración que no existe en el usufructo.

sa concesionaria, que puede disponer de ellos libremente como titular del derecho de propiedad.» La S. 24-11-1976: «... Los bienes afectos a concesiones ferroviarias forman parte del dominio público.» En el mismo sentido, el Consejo de Estado ha emitido dictámenes de los que se puede inferir parecidas conclusiones (Dicts. 24-6-1966, ex. 34959, y 14-7-1964).

1.2. *El concesionario es propietario de las instalaciones.*

Una segunda corriente, de origen alemán, sostiene que la propiedad de los elementos materiales afectos a la concesión pertenecen al concesionario. El estar afectos no tiene que significar, en opinión de estos autores, titularidad pública del bien. Pueden existir, en consecuencia, bienes adscritos a un fin cuya titularidad es privada; ambos extremos, titularidad y afectación, pueden presentarse disociados (25). Nuestra legislación ofrece ejemplos de esta afirmación en el artículo 55 LGOP. «En todo caso, las concesiones a que se refiere el artículo anterior se otorgarán a lo más por 99 años, a no ser que la índole de la obra reclamase un plazo mayor..., transcurrido el plazo de la concesión la obra pasará a ser propiedad del Estado...» Se deduce que hasta el momento de reversión no es propiedad del Estado. El artículo 128 LA menciona la propiedad temporal del concesionario. El artículo 468.1, d), LRL dice: «Los inmuebles afectos a la explotación de servicio de utilidad pública que sean propiedad de las empresas concesionarias de dichos servicios...»

No obstante los ejemplos parciales indicados, desde una perspectiva general, se puede deducir, igualmente, de nuestra legislación la titularidad de los bienes por parte del concesionario. El argumento jurídico puede ser el siguiente: si como mantienen algunos autores, en concreto la línea doctrinal de origen francés, los bienes del servicio público son de dominio público por el simple hecho de estar afectos al citado servicio, no se termina de comprender por qué necesitan autorización para poder ser enajenados, como indica, por ejemplo, el artículo 128 RBCL, cuando los bienes demaniales son inalienables por definición. Sería más lógico, jurídica-

(25) ARIÑO ORTIZ, *loc. cit.*, pág. 33. En el mismo sentido, VALLINA VALVERDE: «La naturaleza jurídica de dichos bienes puede ser satisfactoriamente explicada como bienes privados sometidos a una vinculación para asegurar la unidad de empresa y garantizar la continuidad del servicio público», en *Régimen jurídico del servicio público telefónico*, IEA, Madrid, 1971, págs. 92 y ss.

mente, mantener que el legislador reconoce un derecho preexistente de propiedad en manos del concesionario, que debe ser activado por la autorización para que vuelva a tener efectividad (26).

Otro argumento esgrimido es el referente al registro, es decir, la inscripción obligatoria por parte del concesionario de los bienes en el registro, que resulta incompatible con la excepción de inscripción registral que poseen los bienes de dominio público.

En último lugar, hay que hacer referencia al artículo 3 del REF, que es interpretado por la doctrina en el sentido de que el beneficiario de la expropiación adquiere siempre el bien expropiado a título de dueño, y hay que tener presente que son precisamente los concesionarios quienes con más frecuencia ostentan la cualidad de beneficiario en los expedientes expropiatorios.

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo ha mantenido la postura de declarar propietario de los bienes al concesionario. Así, la S. de 14 de noviembre de 1958; la S. de 4 de octubre de 1973: «... El patrimonio es propiedad del concesionario...»; S. 24 de noviembre de 1976: «El ferrocarril, propiedad de la empresa concesionaria...»; S. 29 de mayo de 1964; S. 3 de marzo de 1972, etc.

Si mantenemos, por lo tanto, que la propiedad pertenece al concesionario, ¿qué tipo de derecho ostentará la Administración sobre este patrimonio? Recordemos que la Administración es beneficiaria de los gravámenes que pesan sobre estos bienes: afectación y reversión (27).

La Administración, a nuestro entender, tiene un derecho real de persecución sobre los bienes afectos. La afectación implica la atribución de un derecho real en favor de la Administración, constitui-

(26) FRANCHINI, *La delegazione amministrativa*, Giuffrè, Milán, 1950. Define la autorización como «una declaración de voluntad con la que un sujeto o un órgano de la Administración pública permite que otros ejerciten un Derecho o poder propio, previa valoración de la oportunidad de tal ejercicio, en relación al interés específico que el sujeto autorizado debe tutelar».

(27) ARIMANY LAMOGLIA (*loc. cit.*, pág. 89) ha realizado una labor de sistematización de estas posturas doctrinales:

1. Posturas que niegan la existencia de un derecho real:
 - Se ha indicado que el dato de la adscripción de bienes concesionales a un servicio público, aun entrañando normas de garantía y obligaciones para el concesionario, no puede servir de fundamento a un derecho real del Estado.
 - Igualmente se ha negado la existencia de un derecho real en manos de la Administración que pudiera encontrar fundamento en el dato de sujeción a reversión (GARRIDO FALLA).
2. Postura que mantiene la existencia de derecho real: la Administración tiene un derecho real indiscutible sobre los bienes del gestor, siempre que estén afectos, independiente de su reversión.

do en garantía de la actividad pública desarrollada a través de los mismos.

¿Cuál sería la naturaleza de este *derecho real de afectación*? La calificación que más se ajusta a su naturaleza es la de los derechos reales *in faciendo*, esto es, aquellos en los que el sujeto pasivo (concesionario) viene obligado, como propietario de una cosa, a la realización de una prestación positiva. Este derecho real posee un contenido concreto para cada servicio público. En conclusión, podemos establecer que nos encontramos ante un derecho real *in re aliena* de contenido positivo, específico y concreto, que puede ser calificado como *in faciendo* (28).

Hay que tener en cuenta que en este tema hemos utilizado un concepto clásico de dominio público (unido al concepto de propiedad), pero partiendo de un concepto innovador de dominio público se podría haber llegado a conclusiones diferentes. Estas podrían ser desde mantener la existencia de un *ius in re aliena* demanial (29) hasta configurar al dominio público como objeto de propiedad privada (30).

IV. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA AFECTACIÓN DE BIENES PRIVADOS A UN SERVICIO PÚBLICO EN RÉGIMEN DE CONCESIÓN

1. *Conservación del patrimonio concesional destinado por el particular al servicio público*

En líneas anteriores hacíamos referencia al deber inicial del concesionario de crear la empresa concesionaria, pero junto a esta obligación inicial existe el *deber de conservación* del patrimonio de

(28) ARIÑO ORTIZ, *loc. cit.*, págs. 65 y 66. En este mismo sentido se manifiesta LUCIANO PAREJO, *Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general*, núms. 100-102 de esta REVISTA, 1983, pág. 2397: «Para la efectividad de ese destino la Administración debe adquirir un derecho real suficiente que le otorgue la necesaria disposición sobre la cosa (...) la afectación tendrá como fin garantizar la utilidad pública correspondiente y por efecto limitar o suspender el ejercicio de derecho de propiedad sobre el bien, si bien dicho derecho no es alterado en su sustancia...»

(29) DÍEZ-PICAZO, *Breves referencias sobre el objeto del demanio: los «ius in re aliena»*, «REDA», núm. 35, 1982, pág. 655.

(30) LUCIANO PAREJO, *loc. cit.*, pág. 2395. En el mismo sentido se manifiesta ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, *La propiedad en la formación del Derecho Administrativo*, Pamplona, 1983, pág. 178: «En el Derecho moderno el dominio público no es una forma de propiedad... Puede limitarse a simples facultades sobre los bienes, se estructura como límite a las facultades del propietario.» Igualmente, PAREJO GÁMIR, *Lecciones de dominio público*, Ed. ICAI, Madrid, 1975.

esta empresa por parte del concesionario. Este deber viene concretado en la legislación general: artículo 78 LCE: «... Debiendo el empresario entregar las obras e instalaciones a que está obligado con arreglo al contrato y en el estado de *conservación* y funcionamiento adecuado»; artículo 211.8 RCE: «... Expresa obligación del gestor de mantener en buen estado las obras e instalaciones...»; artículo 115.9 RSCL: «... Deber del concesionario de mantener en buen estado las obras e instalaciones.» En el mismo sentido, en la sectorial: artículos 26, 35 y 119 RF; artículo 49 RES, y artículo 27.1 LA.

Hay que indicar que como base del deber de conservación se encuentran los gravámenes de afectación, principalmente, y reversión. Con el primero se asegura la continuidad óptima del servicio público; con el segundo, por su parte, se intenta asegurar que el contenido sustancial del derecho a la reversión no sea un mero «derecho a la chatarra». En la conservación del patrimonio están implicados Administración y concesionarios. En el primero existe una potestad y en el segundo una obligación (31). Esta obligación se divide en dos modalidades:

Conservación material: Se centra en las cuestiones técnico-materiales del funcionamiento del patrimonio de destino. Es decir, el gestor concesionario debe en todo momento mantener un nivel de funcionamiento del servicio y un material adecuado que colme las expectativas de la Administración para el servicio en concreto y que justifique las retribuciones percibidas por el citado servicio.

Conservación jurídica: El concesionario podrá utilizar todos los medios que le sean permitidos, dada su posición peculiar de propietario (interdictos, acción reivindicatoria...). No obstante, tendrá la obligación de poner en conocimiento de la Administración todos los actos perturbadores del patrimonio. La conservación del patrimonio concesional con esta configuración se recoge en S. de 24 de noviembre de 1976 (art. 5190).

El contenido de este deber de conservación no viene delimitado por la ley, y son de una vaguedad total las expresiones legislativas empleadas (condiciones normales, funcionamiento adecuado...). El artículo 131 RSCL, de modo excepcional, nos indica de una forma más precisa este contenido: «El pliego de condiciones detallará la situación y el estado de conservación en que habrán de encontrarse

(31) LÓPEZ PELLICER y SÁNCHEZ DÍAZ, *loc. cit.*, pág. 167.

las obras y el material afecto a la concesión en el momento de reversión.»

El Tribunal Supremo ha manifestado en multitud de ocasiones la discrecionalidad de la Administración en este tema, con lo que se viene a confundir la discrecionalidad con los conceptos jurídicos indeterminados (S. 13-5-1916). El deber de conservación, por lo tanto, no toma contenido en la legislación general de los servicios públicos, sino en los pliegos de condiciones de cada servicio, en los cuales, como principio general, se establecerá que el concesionario correrá con todos los gastos necesarios para la conservación del patrimonio. Todo lo que exceda de lo establecido en los pliegos, siempre con autorización de la Administración, deberá ser indemnizado por ésta. En consecuencia, toda modificación en el deber de conservación del patrimonio concesional deberá ser acompañado de un cambio en la ecuación financiera (arts. 74 LCE y 127 RSCL).

Dos asuntos relacionados con la conservación del patrimonio concesional merecen un tratamiento especial por la problemática que plantean:

- Ampliaciones y mejoras introducidas por el concesionario voluntariamente, sin autorización de la Administración.
- Las innovaciones tecnológicas.

Respecto al primero hay que indicar que nos referimos a las ampliaciones y mejoras introducidas en el servicio por el concesionario que, sin estar previstas en los pliegos de condiciones, tampoco cuentan con la autorización de la Administración. La solución de este problema se puede encontrar en la legislación civil, con todas las reservas propias que esto conlleva, concretamente en el artículo 487 CC: «El usufructuario podrá hacer en los bienes objeto del usufructo las mejoras útiles o de recreo que tuviere por conveniente, con tal que no altere su forma o sustancia; pero no tendrá por ello derecho a indemnización. Podrá, no obstante, retirar dichas mejoras si fuere posible sin detrimento de los bienes.» El segundo problema, por su parte, ha sido estudiado ampliamente, llegándose a la conclusión de que cuando los bienes se tornen inútiles o el interés público reclame la introducción del avance correspondiente se impone su restitución por otros que cubran aquellas exigencias. Se produce el fenómeno de la subrogación real (SS. 22-12-1954, 10-12-1962) entre el bien sustituido y el incorporado. Al igual que en los

casos anteriores, se necesita autorización de la Administración titular del servicio público para realizar estas innovaciones. Esto viene a relacionarse con el contenido del deber de conservación, ya que se viene a demostrar que la concesión no es un contrato que obligue al cumplimiento exacto de sus cláusulas, ni que éstas sean inmutables. Como ha indicado GARCÍA-TREVIJANO, si tuviéramos un concepto estático del contrato de servicio público todavía estaríamos alumbrándonos con luz de gas (32).

2. *Enajenación del patrimonio concesional destinado por el particular al servicio público*

Uno de los temas que pueden plantear mayor polémica dentro del régimen jurídico del patrimonio de destino es el de la enajenación. Es decir, el *ius disponendi* que tiene el concesionario sobre los bienes afectos a un servicio público (33). Es de suma importancia diferenciar dos planos diferentes dentro de este tema:

- Enajenación de concesiones en general (título habilitante y patrimonio).
- Enajenación del patrimonio destinado por el particular (no cabe la enajenación de los bienes de dominio público destinados por la Administración al servicio público).

2.1. *La enajenación de concesiones en general.*

La legislación recoge con toda claridad y sin ningún tipo de polémicas la posibilidad de enajenación de concesiones. Así, el artículo 10 de la Ley de 5 de octubre de 1940 señala: «El concesionario puede transferir sus derechos y deberes en plenitud, previa autorización de la entidad que otorga la concesión.» En la esfera local también se produce una recepción de esta posibilidad, concretamente en los artículos 128.5 RSCL y 81 LCE.

En este mismo sentido la jurisprudencia es tajante y ha mantenido la posibilidad de enajenación de concesiones (S. 17-6-1969, artículo 3875). De igual forma, el Consejo de Estado ha manifestado

(32) GARCÍA-TREVIJANO, *loc. cit.*, pág. 204, comentando una resolución del Consejo de Estado francés de 10 de junio de 1902.

(33) Vid. ARIÑO ORTIZ, *loc. cit.*, pág. 16, y LÓPEZ PELLICER y SÁNCHEZ DÍAZ, *loc. cit.*, pág. 165.

su conformidad con este tipo de enajenaciones (18-10-1962, 11-6-1964) (34).

En estos casos, todos los gravámenes, incluido el concerniente a la reversión que penden sobre el patrimonio del servicio, permanecen incólumes, las condiciones con que se otorga la concesión no varían con la enajenación, y el concesionario se subroga en la misma posición que en un primer momento ostentó el concedente. La autorización sigue siendo pieza clave, es decir, no se podrá llevar a cabo ninguna enajenación sin la autorización de la Administración. En Sentencia de 28 de febrero de 1974 (art. 904), el Tribunal Supremo señala: «Será preciso, para que opere el efecto transmisorio con plenitud de legalidad, que se obtenga la autorización de la transmisión de la concesión, y si estas autorizaciones se obtienen la transmisión se entiende que es lícita...» También en Sentencia de 20 de julio de 1983 (art. 4002).

Una duda que se plantea es la naturaleza, discrecional o no, de esta autorización (35). El Consejo de Estado, intentando dar respuesta a este problema, dice en Dictamen de 9 de julio de 1970: «Dicha autorización debe entenderse no como un nuevo otorgamiento discrecional, sino como un mero control de la regularidad de la transmisión, que sólo podría negarse en los supuestos en que implique infracción legal o suponga la introducción de circunstancias incompatibles con la concesión.» No obstante, el problema sigue sin quedar claro con Sentencias como la de 15-6-1977 (art. 2908): «... es de esencia a la naturaleza de estas concesiones el conocimiento del concesionario, por ello se otorga *intuitu personae*, exigiendo que cualquier alteración del sujeto titular ha de ser previamente autorizada por la Administración».

El interés público se podría ver dañado si no se tuvieran en cuenta las condiciones personales del nuevo concesionario por parte de la Administración, y accediera a la relación concesional alguien que no reuniera los requisitos suficientes para satisfacer el interés público, y la solvencia necesaria para gestionar con todas las garantías el negocio concesional (36). Se puede entender, por lo tanto,

(34) En la práctica local española también se reconoce la posibilidad de enajenación de concesiones como un todo (Dictamen del Ayuntamiento de Madrid de 17 de marzo de 1969, núm. 135).

(35) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *loc. cit.*, págs. 706 y 707.

(36) DOMÍNGUEZ BERRUETA DE JUAN, *El incumplimiento en la concesión de servicio público*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1981, pág. 461.

que la nueva autorización sigue sometándose a la discrecionalidad de la Administración.

2.2. *Enajenación de bienes aislados de la concesión.*

Además del caso tratado, se puede dar el supuesto de que el concesionario no enajene la concesión globalmente, sino que el objeto de la enajenación sea un bien aislado o parte del patrimonio concesional.

Estos bienes pueden tener una pluralidad de situaciones jurídicas, resultado de la combinación de los gravámenes principales de afectación y reversión. Concretamente son cuatro las situaciones jurídicas que nos podemos encontrar, y correlativamente cuatro las situaciones de disponibilidad del concesionario sobre ellos:

- Bienes afectos, sujetos a reversión.
- Bienes afectos, no sujetos a reversión.
- Bienes no afectos, sujetos a reversión.
- Bienes no afectos, no sujetos a reversión.

De forma breve intentaremos explicar estos cuatro grupos o situaciones, y posteriormente nos referiremos de forma más minuciosa a los de mayor relevancia. El primer grupo de bienes está integrado por aquellos que, de una forma expresa (pliego de condiciones) están afectos al servicio público (37), al igual que bajo el gravamen de reversión. Una vez que se extinga el plazo concesional, y tal como establece el mecanismo de reversión, pasarán a propiedad de la Administración. El sometimiento a estos dos gravámenes les hace tener un régimen privilegiado similar al de los bienes de dominio público. Este régimen privilegiado impide la enajenación como norma general.

(37) Sobre esto dicen LÓPEZ PELLICER y SÁNCHEZ DÍAZ (*loc. cit.*, págs. 163 y 164): «... En cualquier caso, y por razones de seguridad jurídica, al establecer en el clausulado o pliego de condiciones de la concesión, las obras o instalaciones, a cargo del concesionario, conviene especificar y determinar en concreto cuáles son estas obras y bienes del concesionario que se consideran por la corporación como necesarios para el funcionamiento del servicio público y que, por tanto, han de quedar afectados o destinados al mismo, con indicación de que tales obras o bienes han de ser propiedad del concesionario...» «Con posterioridad, una vez adjudicada la concesión, y en el acto de puesta en servicio de las obras e instalaciones, conviene formalizar una relación o lista de todos los elementos que queden destinados al servicio; acto que, además de delimitar y precisar en concreto a qué bienes alcanza la reversión dentro del conjunto de bienes afectos, supone una declaración de afectación.»

La segunda situación posible es aquella donde los bienes, sin estar sujetos a reversión, están afectos y son necesarios al servicio público. Es el supuesto que recoge GARCÍA-TREVIJANO en un comentario a la S. de 22 de diciembre de 1954 (38). En este supuesto se produce el extraño fenómeno, cada vez más normal, de que no se requiere reversión, pero así afectación. En este segundo supuesto persiste el régimen privilegiado de los bienes. La afectación del bien va a suponer por sí sola argumento suficiente para imposibilitar la enajenación del bien.

La tercera situación apuntada hace referencia a bienes que no están afectos al servicio público, pero se encuentran sujetos a reversión. Esta situación se produce cuando algunos de los bienes inicialmente afectos no concurren ya a satisfacer el desarrollo de la actividad, aunque continúen gravados de restitución, en virtud de los pactos establecidos en su día entre la Administración y el concesionario. Esta situación se puede presentar en explotaciones paralizadas por abandono del servicio. En estos casos, y al no existir la afectación y la consiguiente continuidad del servicio público, los bienes son enajenables por parte del concesionario, con las matizaciones que se harán posteriormente.

La última situación expuesta no plantea ningún problema, ya que, al no existir ni afectación ni reversión, los bienes pueden entrar en el tráfico jurídico sin ningún tipo de trabas ni gravámenes (39).

La principal conclusión que se puede extraer de todo lo expuesto y el criterio básico para configurar el régimen jurídico del patrimonio concesional es que los bienes se encuentren destinados o afectos al servicio público, para configurar un régimen jurídico privilegiado que asegure la continuidad del servicio. No obstante, y a pesar de que la afectación es el elemento primordial del régimen jurídico, será necesario tener en cuenta el gravamen de reversión.

Dos son, por lo tanto, las situaciones revelantes: bienes afectos y bienes sujetos a reversión. Vamos a analizar la primera: enajenación de bienes afectos a servicio público. En este supuesto la legislación se pronuncia de forma inequívoca: artículos 10-18 R. del servicio público de gas exige una autorización administrativa para la enajenación de obras e instalaciones; artículo 50 R. de ordena-

(38) GARCÍA-TREVIJANO, *loc. cit.*, pág. 207.

(39) En este grupo se incluyen los que ARIMANY (*loc. cit.*, pág. 54) denomina bienes ni necesarios ni útiles.

ción de transportes por carretera: «... Los vehículos adscritos a los servicios regulares no podrán ser enajenados, sustituidos ni retirados de la explotación sin autorización expresa de la Dirección General»; artículo 7 del Decreto de 22 de enero de 1952 exige expresa autorización de Subsecretaría de Marina Mercante para la enajenación de los bienes que constituyen el material necesario; artículo 128 RSCL: «No enajenar bienes afectos a la concesión que hubieren de revertir a la entidad concedente, ni gravarlos, salvo autorización expresa de la corporación» (40).

La autorización es pieza clave (lo es en todas las esferas del Derecho administrativo) en el tema de la enajenación de bienes afectos, lo que reafirma la tesis de la titularidad privada de los bienes. ¿Qué consecuencias tendría, no obstante, un acto de disposición sobre los bienes afectos sin la correspondiente autorización exigida por la ley? Si la propiedad de los bienes pertenece al concesionario, el enajenar el bien sin autorización conllevará las sanciones previstas en la legislación (art. 136 RSCL), pero no la nulidad del acto. Esto sería la sanción a la enajenación de un bien de dominio público (41). El Tribunal Supremo ha ratificado este planteamiento jurídico en diversas Sentencias: 26-5-1964, art. 2771; 28-2-1974, y 20-7-1985, art. 4002. Esta última Sentencia es especialmente significativa al decir: «Que la transmisión de la concesión... está sometida a autorización transitoria, y será preciso para que se opere el efecto transitorio con plenitud de legalidad que se obtenga también la autorización de la transmisión de la concesión demanial; y si estas dos autorizaciones se obtienen, la transmisión se entiende que es lícita sin operarse los efectos sancionadores encadenados a la transmisión no autorizada, y que en este caso son los previstos para las faltas muy graves (multa pecuniaria y caducidad de la concesión).»

En esta Sentencia se observan dos ideas de especial importancia; por una parte, que el Tribunal Supremo no admite la nulidad como sanción para el supuesto de transmisiones sin autorización. En segundo lugar, que la Sentencia diferencia una autorización para transmitir la concesión de dominio público y una autorización para transmitir la concesión para el suministro de petróleos, donde en-

(40) Dice sobre este artículo Gaspar ARIÑO (*loc. cit.*, pág. 73) que intenta limitar los efectos de la afectación al hecho de la futura reversión, lo cual es totalmente incorrecto.

(41) Los efectos sancionatorios previstos para la contravención de la obligatoriedad de autorización, en la legislación administrativa, enerva la aplicación del artículo 6.3 CC.

traría el patrimonio que no es de dominio público, es decir, de propiedad privada.

La situación jurídica del tercer adquirente será la de respetar el destino del bien, sin poder dar al bien un destino patrimonial y funcional distinto del que tiene. El deber de continuidad del servicio público no puede ser afectado por la transmisión del bien y la Administración podrá oponer su *ius disponendi*, derivado del derecho real de afectación, contra cualquier pretensión reivindicatoria del adquirente. Hay que tener presente en todo momento que el destino del patrimonio a una finalidad pública tiene una supremacía absoluta sobre cualquier situación jurídica privada.

En el tema de la enajenación de los bienes sujetos a reversión hay que realizar, igualmente, determinadas indicaciones. En líneas anteriores exponíamos cómo los supuestos de bienes sujetos a reversión no afectos no son raros, y apuntábamos dos supuestos: el primero, que hacía referencia a bienes que inicialmente no concurren ya a satisfacer el desarrollo de la actividad llevada a cabo mediante la misma, siguiendo, a pesar de ello, gravados de restitución. El segundo, sobre explotaciones paralizadas por abandono del servicio. En estos dos supuestos el concesionario podrá enajenar, con autorización del beneficiario de la reversión, la Administración. La enajenación sin la correspondiente autorización entraña una falta grave, que tendrá su correspondiente sanción, pero en ningún caso la nulidad. No obstante, el concesionario dispondrá del derecho de propiedad en la medida que le corresponde, es decir, con el gravamen restitutorio y bajo la amenaza de resolución provocada por el juego de las declaraciones administrativas de rescate y caducidad.

La Administración podrá hacer valer sus derechos frente a cualquier adquirente; para ello tendrán que concurrir las exigencias que impone nuestro ordenamiento, como ha indicado en multitud de ocasiones el Tribunal Supremo (art. 464, muebles, y arts. 34-37, inmuebles). Si la inscripción se efectúa en los términos previstos, los terceros adquirentes quedarán avisados de las limitaciones que ofrece la propiedad del concesionario. La tendencia de no perjudicar a terceros protegidos registralmente ha sido seguida por DGRN. No obstante, siempre le queda a la Administración la facultad de exigirle al concesionario el pago de una indemnización.

Además de la posibilidad de enajenar el bien con el gravamen de reversión, teniendo presente la autorización y la inscripción registral, cabe una segunda posibilidad, que consiste en una declara-

ción expresa por parte de la Administración, en virtud de la cual renuncia a su derecho de reversión. Hay que aludir en este tema a una importante Sentencia de 21 de abril de 1975 (Arz. 1848).

Sin negarse en ningún momento la necesidad de obtener la autorización correspondiente para la enajenación, se deja entrever en determinadas resoluciones judiciales que la Administración debe otorgar la renuncia incondicional, en todo caso, por el simple dato de la innecesariedad. Del mismo modo, el Tribunal Supremo ha mantenido la imposibilidad de condicionar las declaraciones administrativas de baja o renuncia (SS. 23-12-1971 y 7-2-1972).

La renuncia de la Administración a su derecho de reversión supone una disminución del material sujeto a reversión, que debe considerarse a la hora de ponderar su alcance. Esta renuncia altera el equilibrio financiero de la concesión en perjuicio de la Administración y beneficio del gestor, aunque hay que tener en cuenta que no tiene el mismo significado económico el que la Administración declare sobrante un bien mueble, cuyo desgaste y pérdida de valor es manifiesto con el transcurso del tiempo, a que lo haga sobre un bien inmueble, cuya revalorización y efectividad, en la mayoría de los casos, es innegable. En el primer supuesto, la cláusula de reversión sólo tendrá un significado testimonial; en el segundo, por el contrario, la reversión supone la recuperación de un patrimonio sustancial y efectivo.

3. *Embargo y ejecución del patrimonio concesional*

El embargo de bienes concesionales incorporados por el concesionario se encuentra íntimamente ligado al tema de la enajenación, y muchos de los esquemas jurídicos que hemos desarrollado en líneas anteriores son reproducibles en el tema del embargo. En esta faceta del régimen jurídico se observa de una forma intensa la pugna de títulos públicos y privados.

El concepto de afectación se reproduce de manera muy similar a como lo había hecho en la enajenación. Tomando como principio que todo lo enajenable es embargable, podemos llegar a la conclusión de que todo bien afecto a un servicio público es inembargable, aunque su titularidad sea privada. La imposibilidad de que el ór-

(42) Lo fue, en principio, en Francia (1873) para el servicio de Correos, y la doctrina lo reclamara desde su aparición para los ferrocarriles; después ha sido afirmado unánimemente en todos los demás sectores.

gano ejecutor lleve a efecto actos jurídicos de este tipo nunca ha sido discutida cuando los bienes son necesarios para el funcionamiento del servicio público.

La legislación decimonónica dejó bien clara esta cuestión, como lo demuestra el artículo 3.2 de la Ley de Quiebras de las compañías concesionarias de ferrocarriles y el artículo 1448 LEC (42). La inembargabilidad será afirmada desde el primer momento para los bienes afectos al servicio público (43).

Establecida la inembargabilidad, como principio, de los bienes afectos se hace necesario explicar más detenidamente el fundamento jurídico de esta afirmación. En el embargo se establece una afectación real, una sujeción de los bienes a los resultados de la acción procesal ejercitada por el acreedor, que adquiere un poder directo sobre la cosa gravada. El embargo supone, como ha reiterado la doctrina, la separación de un bien de su ámbito de señorío para la realización de un valor. En consecuencia, no podrán ser objeto de embargo bienes afectados a fin público que resulta incompatible con la finalidad del embargo procesal (44).

En definitiva, los bienes afectos son inembargables por la sencilla razón de que la propia afectación es ya en sí misma un embargo tácito preventivo anterior, en garantía no de un crédito, sino de una actividad pública. Un nuevo embargo de realización de valor es imposible, ya que no es posible el embargo de fines opuestos, aunque sea admisible, como ha indicado GUASP, en los casos de la misma naturaleza. La única posibilidad aceptada por la doctrina es el embargo preventivo *side die executionis*, si bien tales derechos reales de garantía son inejecutables sin la previa desafectación o declaración administrativa de bien sobrante (S. 23-12-1971, Arz. 5240).

Sobre las consecuencias jurídicas que tendrá el embargo de los referidos bienes mantiene la doctrina la nulidad de los actos judiciales que establezcan los referidos embargos. SERRA DOMÍNGUEZ, en este sentido, dice que todo acto judicial que declare la embargabilidad de tales bienes es nulo de pleno derecho (45). Esto entra

(43) El campo de aplicación del artículo 1448 LEC queda reducido a los concesionarios de ferrocarriles de vía estrecha, ya que después de la nacionalización de 1941 las vías férreas de ancho normal pasaron a RENFE y, por lo tanto, al dominio público, inembargable por definición.

(44) ARIÑO ORTIZ, *loc. cit.*, págs. 81-84.

(45) SERRA DOMÍNGUEZ, *Estudios de Derecho procesal*, Ed. Ariel, Barcelona, 1969, págs. 549-551.

en contradicción con la anulabilidad de la enajenación de los bienes afectos sin autorización.

Cabe plantearse el tema en sentido contrario, es decir, si son susceptibles de afectación bienes que están previamente embargados. El Tribunal Supremo ha contestado a esta cuestión declarando la imposibilidad de afectar bienes privados a un servicio público cuando éstos previamente están sometidos a un embargo. El motivo que subyace en estos planteamientos es siempre el mismo, asegurar la continuidad del servicio público. En este mismo sentido, dice J. CARRERAS: «La necesidad pública de mantener en funcionamiento los servicios que no sólo afectan a la empresa ejecutada, sino a la economía nacional, obliga a establecer modificaciones en materia de embargabilidad de bienes» (46). No obstante, hay que apuntar que los motivos de la inembargabilidad de los bienes de dominio público y de los que aquí tratamos es diferente. Mientras en los primeros es un motivo meramente patrimonial el que inspira la inembargabilidad, en el segundo es el aseguramiento de la continuidad del servicio público el único motivo justificante.

El tema del embargo de bienes afectos no presenta especiales dificultades, como hemos podido comprobar. No ocurre lo mismo con el embargo de bienes sujetos a reversión, que se encuentran desafectados. Sobre el embargo de estos bienes se establece una polémica doctrinal que desemboca en dos líneas de signo opuesto.

Una primera postura mantiene la inembargabilidad de estos bienes basándose para ello, y en primer lugar, en una interpretación literal de los artículos 3.2 de la Ley de Quiebras de Ferrocarriles, 1448 LEC y 190 CC. Por el hecho de que un bien afecto a un servicio público sea inembargable no puede deducirse la conclusión de que todo elemento al que le falte aquella condición podrá embargarse libremente.

Se apunta, igualmente, por estos autores el derecho real que ostenta la Administración sobre estos bienes, y que es oponible *erga omnes*. Esta posición no le remite llevar a cabo eficazmente actos de disposición sobre una parte de la propiedad que no le pertenece. El embargo es un acto dispositivo, y es requisito esencial que quien lo realice tenga el poder de disposición necesario o esté legitimado para ello. La falta de este requisito, por lo tanto, vicia a los efectos procesales realizados y determina su ineficacia. El con-

(46) J. CARRERAS, *Embargo de bienes*, pág. 182. En el mismo sentido, LÓPEZ PELLICER y SÁNCHEZ DÍAZ, *loc. cit.*, pág. 167.

cesionario ha establecido un gravamen restitutorio en favor de la Administración concedente, y el referido gravamen no podrá ser válidamente enervado por un embargo posterior incompatible con él.

Son también de especial interés los argumentos, en este mismo sentido, expuestos por L. MARTÍN-RETORTILLO en contestación a los, según él, improcedentes embargos producidos en los supuestos recogidos en los Decretos 881/1979, de 18 de marzo, y el 3019/1972, de 26 de octubre (47).

Una segunda línea doctrinal, por el contrario, mantiene que los bienes no afectos y sujetos a reversión son susceptibles de embargo. Dice, en este sentido, ARIÑO ORTIZ: «La afectación es un derecho real que mira y protege, sobre todo, estados de hecho, y cuando ésta no existe no hay razón para no embargar, pues el privilegio no es subjetivo, sino funcional» (48).

Por otra parte, y en este mismo sentido, hay que indicar que la legislación utilizada no habla en ningún momento de reversión, sino de afectación exclusivamente. Comentando el artículo 1448 LEC, dice el Decreto 3019/1972, de 26 de octubre: «... tales disposiciones, por otra parte, no impiden el embargo del derecho de concesión en sí y en cuanto tal, ni tampoco de los bienes del concesionario que no forman parte de la explotación de la concesión o no sean necesarios para el uso de las vías férreas; lo que tales preceptos protegen es la continuidad y posibilidad de subsistencia del servicio público, prohibiendo cualquier traba o ejecución no tanto sobre la ejecución misma, en cuanto elemento del patrimonio privado del concesionario, sino sobre los diversos bienes que se encuentran adscritos o afectos a la concesión, es decir, de los elementos que permiten el funcionamiento del servicio público y que son necesarios para el uso de la vía férrea o están destinados al movimiento de la línea» (49).

Por su parte, el Decreto 881/1970, de 18 de marzo, que resuelve igualmente una cuestión de competencia, en los argumentos del Ministerio Fiscal plantea el mismo problema, dando la misma solución: «... La prohibición del embargo de las vías férreas contenidas

(47) Decreto 881/1970, sobre cuestión de competencia, de 18 de marzo (núm. 63 de esta REVISTA, 1970, págs. 197-213); Decreto 3019/1972, sobre cuestión de competencia, de 26 de octubre (núm. 70 de esta REVISTA, págs. 259-268).

(48) ARIÑO ORTIZ, *loc. cit.*, págs. 86 y 87.

(49) Resuelve una cuestión de competencia que se suscita entre el Gobierno Civil de Pontevedra y la Magistratura de Vigo a propósito de la subasta de bienes pertenecientes a la empresa Tranvías Eléctricos de Vigo, S. A.

en el artículo 1448 LEC, así como la del artículo 3 de la Ley de 12 de noviembre de 1869, tratan sólo de evitar que el servicio público pueda verse perturbado por una acción judicial, mas no consagra un privilegio que impida, en todo caso, ejecutar una Sentencia contra este tipo de empresas concesionales» (50).

Otra cuestión, centrada en el plano práctico, es la referente a la eficacia de estos embargos. En este sentido, dice ARIMANY LAMOGLIA: «no hay razón institucional para suponer que el concesionario no puede enajenar la propiedad, y lo mismo debe sostenerse en relación con los actos de ejecución forzosa. No debe desconocerse, sin embargo, que, en la mayoría de los casos, tal medida sería poco eficaz a satisfacer los intereses de los acreedores» (51).

Ninguna prioridad ostenta la Administración frente a derechos de crédito anteriores si el servicio cesa. El poder de la Administración radica en la defensa del servicio, pero si la Administración entiende que no es oportuno su mantenimiento, constituirá un fraude de acreedores declarar la caducidad y entender que, dado que se había consolidado a favor la titularidad de todos los bienes adscritos a la concesión, éstos resultaban inatacables en virtud de los privilegios que establece la legislación a favor del Estado (52).

Supuesto diferente del embargo y ejecución de bienes concretos es el derecho de concesión que ostenta el concesionario como tal, cuyo embargo y ejecución hay que entender referidos al contenido patrimonial de este derecho, constituido no por los bienes afectos al servicio, sino por los rendimientos que al concesionario pueden corresponder por el disfrute o gestión de la concesión, y las indemnizaciones o precios que se le reconozcan en caso de caducidad, reversión o rescate de aquélla. Es decir, el derecho de concesión es un derecho que recae sobre derechos, un derecho para los acreedores del concesionario, sobre créditos de éste y no sobre bienes.

El derecho de los acreedores puede que no se vea satisfecho con los bienes afectos al servicio público, e incluso tampoco con los sujetos a reversión, pero sí procederá el embargo de los rendimientos líquidos por parte de los acreedores. Tampoco existirá problema de embargo si, para todos los casos de caducidad, la normativa

(50) Resuelve una cuestión de competencia que surgió entre el Gobierno Civil de Pontevedra y la Magistratura de Vigo sobre la empresa concesionaria Tranvías de Mondariz a Vigo, S. A.

(51) ARIMANY LAMOGLIA, *loc. cit.*, pág. 83.

(52) ARIÑO ORTIZ, *loc. cit.*, pág. 89.

de este tipo de servicio público atribuyera al concesionario una indemnización consistente en el abono de la cuota de inversión que quedara por amortizar según los cálculos iniciales. En este tema tiene especial relevancia el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de marzo de 1972 (ex. 37017). No obstante, todavía está por hacer un estudio profundo y sistemático de las cuestiones relacionadas con la responsabilidad económica de los servicios públicos con gestión indirecta, y especialmente de los derechos de los acreedores.

JURISPRUDENCIA

