

# Las concesiones públicas y el Registro de la Propiedad

## I

El moderno derecho administrativo ha dado gran amplitud al estudio de las concesiones de riquezas o aprovechamientos públicos.

La actividad del Estado aumenta de una parte abandonando el aspecto puramente negativo o de abstención en que le encerraban las corrientes individualistas de fin del siglo XVIII y principios del siglo XIX. Aumentan sus facultades en orden a los diversos fines de la vida: interviene en una porción de materias que antes se estimaban exclusivas del individuo por creer que aquél carecía de medios adecuados para obtener todo el rendimiento posible de las fuerzas naturales.

De otra parte, las doctrinas socialistas avanzan y se infiltran en muchas esferas donde no se podía sospechar que alcanzaran. Y el socialismo, lejos de ser inorgánico, tiende a apoderarse del Estado como medio el más hábil y adecuado de socializar todos los elementos de producción.

Esta conjunción de fuerzas y de tendencias ha producido la consecuencia necesaria de que el Estado interviene en el aprovechamiento de las riquezas nacionales que antes dejaba a la libre iniciativa individual o a su plena libertad. Ahora, en ciertas ocasiones, al contrario, llega a atribuirse un monopolio completo, aunque haya reconocido en otras a los particulares el derecho de explotación de esas fuentes de riqueza, libremente o mediante la imposición de un canon o de la obligación de que reviertan al

Estado después de cierto tiempo de ser explotadas por quien las dió nacimiento con su esfuerzo para que así llegase a amortizar el caudal empleado en su implantación y desarrollo. Ejemplo de lo primero lo tenemos en la Ley de 1868 (bases de Ruiz Zorrilla); de lo segundo, en multitud de Decretos actuales.

## II

El concepto de la concesión no aparece nítido, dada su complejidad, primero por no distinguirse bien su origen y, además, por cierta tendencia a asimilarlas a los contratos administrativos de construcción o de explotación de obras o de servidumbres públicas, con los cuales, si bien pueden tener alguna analogía, presentan, a nuestro juicio, profundas diferencias que las apartan radicalmente del cauce en que éstos deban desenvolverse.

Alcalá Zamora estima que la concesión es un contrato, porque no puede existir sin el acuerdo de voluntades calificado por la consideración de liberalidades del público Poder con las estipulaciones interesadas de un convenio; y la define como «la enajenación parcial limitada y revocable de cosas o derechos pertenecientes al dominio público para aprovechamientos determinados que se subordina a fines de interés general y se someten a la inspección general». Admite, sin embargo, que pueda haber excepciones a este concepto, ya que hay concesiones, como las de aprovechamientos de agua, que no siempre son debidas a un contrato con la Administración, sino a la posesión y al tiempo de su duración, los cuales establecen y definen el derecho del titular.

Igualmente, algunas concesiones en el Derecho positivo no se acomodan al concepto expresado, obedeciendo ello a que son simples enajenaciones de propiedades del Estado sin otra finalidad.

Fernández Velasco declara que la palabra «concesión» expresa toda aquella serie de actos que la Administración emite, unas veces para condicionar el ejercicio de derechos subjetivos y otras para ceder a los particulares el uso de medios o condiciones en que desarrollen actividades de un orden especial; y aun en algunos casos, para expresar relaciones bilaterales entre la Administración y los ciudadanos, haciéndose en el lenguaje usual sinónimas ciertas

palabras que técnicamente son distintas, cuales son «admisión», «autorización», «obras públicas», «contratos para obras o servicios públicos». Separa este autor el contrato de obra pública de la concesión de un servicio público, y a estos últimos restringe su significado expresando que al afectar a servicios públicos adquiere su principal sentido al referirse más que a la calificación del acto administrativo, a la naturaleza de la actividad desarrollada por quien se compromete a ejecutar el servicio público.

«Concesión de obras públicas—dice Berthelemy—es un contrato por el cual un industrial se compromete a efectuar o a conservar o reparar una obra de aquella naturaleza, y recibe en cambio, con la carga de explotar el servicio a que la obra está destinada, el derecho de cobrar los beneficios por su uso durante un plazo determinado.»

Sus caracteres, según este autor, son :

1.º Ser un contrato sinalagmático, estando ligados el concedente y el concesionario por derechos y obligaciones recíprocos.

2.º Es un contrato conmutativo: puede engañar la consideración de lo incierto de las ventajas que el contrato pueda reportar al concesionario (riesgo y ventura... o desventura), porque ¿quién sabe si tal empresa dará o no utilidad? Pero, a pesar de ello, estos contratos no pueden estimarse aleatorios por no serles aplicables el artículo 1.104 del Código civil (francés), según el cual un contrato es conmutativo si una de las partes se compromete a dar o a hacer lo equivalente de lo que ella recibe o se hace por ella; y aleatorio si el riesgo de ganar o de perder depende de un hecho incierto o, como dice el artículo 1.790, se entiende por contrato aleatorio aquel en que una de las partes se obligó a dar o a hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra ha de dar o a hacer para el caso de un acontecimiento incierto o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado; diferenciándose los aleatorios de los conmutativos, como dice la sentencia de 14 de Noviembre de 1911, en que en los primeros no está determinado lo que se ha de dar o recibir desde el momento de la celebración como en los segundos. En los contratos administrativos la ventaja del contratista consiste en el derecho de percibir la tasa asignada al servicio, lo cual es cierto desde que se hace el contrato por constar en el pliego de condiciones; lo in-

cierto es si el derecho de peaje rendirá mucho o poco—lo cual no es objeto del contrato—y no si ha de cobrarse o no aquél.

3.º El contrato se hace con relación a una persona determinada, no siendo indiferente al concedente que el concesionario se sustituya o subrogue con cualquier persona: la transmisión de la concesión no puede hacerse sin el asentimiento del concedente.

4.º Lo que se otorga es propiamente un servicio público a explotar: ahora bien, las condiciones en que este servicio será explotado no son materia del contrato ni de naturaleza contractual; son de naturaleza reglamentaria impuesta por la misma Administración.

De ahí se derivan consecuencias importantes: la Administración que hace depender de la concesión del servicio la retribución de las cargas aceptadas no enajena su derecho de regular la marcha del servicio público de otro modo, según las necesidades que se ofrezcan: las ventajas y las cargas del concesionario se encontrarán modificadas por repercusión, y en tal hipótesis se producirá una revisión del contrato.

En resumen, según esta teoría, el contrato referente a obras públicas se divide en dos conceptos: un compromiso del concesionario para ejecutar la obra; un compromiso de la Administración para procurar al concesionario los beneficios de la ejecución del servicio.

De estas ideas se sigue la perfecta asimilación, siquiera sea en una doble corriente del contrato y de la concesión, en cuanto requiere que aquél, con su doble trayectoria, es el medio de efectuar ésta.

No todos los autores siguen esta idea asimilista.

«La diferencia entre el contrato y la concesión—dice el Sr. García Oviedo—salta a la vista. En el contrato, el contratista limita su trabajo a la realización de la obra: efectuada ésta y recibido el precio estipulado, la obra pasa a la Administración que explota directamente el servicio o lo arrienda. En la concesión, el trabajo del contratista va más lejos: terminada la obra y ejecutado el servicio, lo hace objeto de explotación. Dos ideas fundamentales se encierran en esta noción: es una, la de que la concesión entraña la realización de una obra pública, y la otra, la de que aqué-

lla lleva consigo también la ejecución de un servicio público y su gestión.

La doctrina—sigue diciendo el Sr. García Oviedo—ha evolucionado hasta esta última idea. Originariamente se estimaba como esencial en la concesión la ejecución de la obra, junto a la cual era considerada su explotación por el concesionario un accidente o modalidad para remunerar su trabajo. Pero más adelante, los autores y la jurisprudencia se fijan no tanto en la ejecución de la obra cuanto en la prestación, llegándose a pensar que la concesión de las obras públicas es una operación compleja, cuyo elemento más importante no es la construcción de la obra, sino su explotación por el concesionario, explotación que se traduce en la gestión de un servicio público. Y entonces la denominación «concesión de obra pública» comienza a caer en descrédito, siendo reemplazada por la de «concesión de empresa pública o de servicio público». Y aun no puede considerarse cerrado este proceso, pues merced a la variación de los tiempos en que comienzan a satisfacerse intereses generales por nuevos instrumentos técnicos, se tiende a considerar como verdaderas concesiones aun aquellas que estriban en realizar servicios públicos sin requerir una obra previa especial.»

Gascón y Marín declara que la concesión de servicios públicos es el acto por el que la Administración otorga a un particular la ejecución de un servicio público, mediante ciertas condiciones, realizándose ese servicio como si lo fuera por la misma Administración.

Claro es que, dado este concepto, la concesión se contrae a la explotación de servicios que propiamente son del Estado, y según dicho autor, afecta a los más complejos relacionados con la economía nacional, pudiendo ser objeto de las concesiones los servicios públicos de ferrocarriles, tranvías, abastecimiento de agua, fuerza eléctrica, teléfonos, comunicaciones marítimas y otros muchos.

Zanobini define la concesión como el acto que confiere a un particular el poder realizar en su nombre una función, un servicio o una industria propios de la entidad pública que la otorga. Moreau declara es un contrato por el cual un particular se compromete a ejecutar una obra pública, mediante ciertas ven-

tajañ, y a explotarla en provecho propio durante cierto tiempo. Hauriou dice que es una operación por la cual mediante el otorgamiento temporal de ciertos derechos de potestad pública aplicados a la construcción de una obra pública y a su explotación en forma de servicio público por cuenta de una entidad pública, resulta creada reglamentariamente la constitución, y fijadas sus consecuencias financieras, las condiciones de su construcción y las de su explotación regulada por un contrato con el pliego de aquellas tarifas máximas entre la Administración y el concesionario.

Luchan, pues, en este terreno dos tendencias netamente definidas. Una, la de considerar la concesión como un contrato a virtud del cual la Administración se desprende de determinados derechos en favor del concesionario, al que se los transmite como compensación de los gastos que le haya producido la construcción de la obra pública para que explote el servicio público derivado de ella durante cierto tiempo. Y a este contrato se le presenta, no obstante la materia sobre que recae y la persona que lo celebra, como un contrato privado.

Otra, la de estimar que tal contrato no puede tener nunca carácter privado, en primer lugar, por las dos circunstancias ya expresadas—contratante y materia—, ya que nunca un particular por sí puede inmiscuirse en un servicio público ni despojar al Estado de las facultades que son esenciales en él para vigilar, para restringir o para revocar la concesión; y en segundo lugar, porque el contenido de la relación jurídica en este último caso es tan complejo cuanto que afecta no sólo a los actos de la Administración con el contratista o concesionario, sino a aquellos otros actos del concesionario con relación al público, cuyos derechos representa y asume la Administración misma, de suerte que el concesionario titular de la obra construída por él no puede explotarla libremente por sí, sino sujeto a condiciones, estipulaciones y tarifas prefijadas por la Administración.

Estas modalidades referentes a derechos y obligaciones a un tercero que no figura en el contrato primitivo entre la Administración y el concesionario y que resulta legado a su observación, no caben en un contrato puramente privado.

De ahí que autores como Hauriou, Jézé y Fernández Vila-

seca distinguen en estos contratos dos elementos: uno, el que llaman de creación de la situación puramente reglamentaria, y otro, el contrato administrativo; el primero es la facultad de otorgar la concesión la Administración al concesionario que haya de ejecutar la obra y disfrutar el servicio, lo cual se realiza por un acto unilateral de la Administración (ley o acuerdo de la Administración), y el segundo es el contrato propiamente administrativo.

Es de tener en cuenta, sin embargo, la teoría de Duguít, que niega la existencia de un contrato, sosteniendo que se trata de una convención mixta, en parte contractual y en parte reglamentaria; la primera parte puede ser objeto de convenio, la segunda es impuesta por la ley, ya que se refiere a las condiciones de explotación del servicio en que no cabe transacciones.

Jezé, por el contrario, afirma que se trata siempre de un contrato administrativo que tiene por objeto la explotación a riesgo y ventura de un servicio público, bien se haya construido por el mismo concesionario la obra pública o por otro, o bien no haya obra pública.

Esta diversidad de opiniones de autores eminentes indica, como indicábamos al principio, no sólo lo difícil de la materia debido a la complejidad de derechos que en ella juegan, sino la confusión que por ello mismo se produce continuamente en la práctica y ocasiona múltiples dudas y cuestiones al aplicar concretamente el derecho a los casos que la realidad ofrece.

### III

El poder público en España ha limitado la ejecución de ciertas construcciones, derechos, propiedades y ventajas de los particulares, determinando que no puedan realizarse sin previa concesión de la Administración, bien porque ello afecte al interés público, o bien porque suponga el otorgamiento de un privilegio o exclusiva que, por ser excepción de una regla general, sólo la Administración, como representante del bien común, puede regular.

Y así se exige tal autorización previa para utilizar aguas de

dominio público, para explotar minerales de la 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> Sección de la ley de Minas, para construir y explotar ferrocarriles, para efectuar construcciones en la zona marítimoterrestre o en el mar, para hacer excavaciones en busca de antigüedades, para obtener dispensas de ley, para conseguir la concesión de canales o pantanos, para pescar en los ríos o establecer instalaciones pesqueras en la costa, para telégrafos, para teléfonos, etc.

Aunque tan amplio es el contenido de las concesiones administrativas, como que, según hemos dicho, abraza casi todo el derecho administrativo, nos hemos de limitar en este bosquejo a las de obras públicas.

Pero antes de entrar en el estudio de las mismas hemos de ver la distinción dentro del terreno del derecho positivo español, establecido, de una parte, entre concesión administrativa y contrato administrativo, y de otra, entre concesión y servicio público.

Las concesiones administrativas tienen carácter de derecho real: así lo declara el artículo 334 del Código civil, número 10, y lo confirma el análisis de sus elementos jurídicos.

¿En qué consiste la concesión? En el ejercicio de un derecho determinado y prefijado por el poder público sobre un inmueble para realizar un servicio público o desarrollar una fuente de riqueza pública. En el ejercicio de tal derecho vemos el sujeto activo de la relación jurídica (concesionario), vemos el objeto-inmueble de que se ha de extraer la utilidad o servicio público, y vemos la relación inmediata del sujeto con el objeto en que consiste el aprovechamiento mismo, y, finalmente, vemos el sujeto pasivo de la relación jurídica o sea todas las demás personas que han de respetar esa relación jurídica.

No es posible, a juicio nuestro, confundir la esencia de la concesión ni con el contrato público ni con el servicio público: no con el primero, porque éste se limita al acuerdo de voluntades para dar, hacer o no hacer, pero no supone transmisión ninguna del dominio público; no con el segundo, porque el servicio público puede ser uno de los fines en algunas concesiones, pero no es la concesión misma: es mucho más extenso el campo de servicios públicos que las concesiones.

Para atender a las imprescindibles necesidades públicas se



celebran los contratos, tanto de obras como de servicios, pero jamás se otorgan concesiones.

Se diferencian, además, los contratos y las concesiones en la forma: en los primeros es esencial la subasta o el concurso, según el artículo 47 y concordantes de la ley de Contabilidad de 1.º de Julio de 1911; en los segundos, no es esencial subasta o concurso, aunque en algunos es de esa modalidad. De ahí que el mismo Código civil que les señala como carácter el de derecho real o inmuebles a las concesiones, califica de muebles los contratos de servicios públicos (artículo 336).

En las concesiones, la Administración no se propone realizar una obra para sí; la entrega a ejecución y explotación del particular, aunque con algunas condiciones; en los contratos se persigue un fin más inmediato y el ligamento jurídico de la Administración y del contratista no desaparece ni un solo momento, siendo la actuación de aquélla continua y constante. En las concesiones, la Administración no paga absolutamente; autoriza la explotación de un bien público, y lejos de abonar cantidad alguna, percibe una cantidad del contratista (y en los casos en que no los percibe debiera percibirlos, y esa es una de las modificaciones más urgentes de la legislación española); en los contratos, la Administración no cobra, sino que paga en metálico, satisfaciendo los libramientos a medida que el contratista va ejecutando las obras; es, pues, completamente contraria la situación de la Administración en los contratos y en las concesiones administrativas.

Don Mariano Gómez, en la Enciclopedia Jurídica de Seix, indica las diferencias fundamentales que, a su juicio, separan las concesiones y los contratos administrativos:

1.ª Que las concesiones están reguladas unilateralmente por la ley, y los contratos, bilateralmente (al menos en su aspecto formal) por las cláusulas del pacto.

2.ª Que las concesiones se otorgan por la concesión a un particular, y los contratos se estipulan entre la Administración y el particular.

3.ª Que en los contratos, la iniciativa parte de la Administración, y en los contratos de particulares, o en otros términos, los contratos son propuestos y ofrecidos por la Administración

a los particulares, y las concesiones, solicitadas por los particulares de la Administración.

4.<sup>a</sup> Que el objeto de los contratos son las obras y servicios públicos de indudable ejecución, lo cual no ocurre con las concesiones, aunque su objeto afecte directamente o indirectamente al interés general.

De la primera de estas notas deferenciales nos permitimos disentir: a nuestro juicio, no es exacto que las concesiones sean unilateralmente reguladas por la ley: la ley establece un molde, por decirlo así, pero es preciso acomodar ese molde a la realidad, y en tanto que no se fijan concretamente las condiciones de la concesión por la Administración y las acepta el particular, no hay concesión en realidad.

Precisamente ese acuerdo de voluntades, que indiscutiblemente existe en las concesiones, es lo que las hace semejantes a los contratos administrativos, sin que se confundan, sin embargo, con ellos por las diferencias apuntadas.

En relación con este punto surge una cuestión de verdadera importancia práctica, tanto en relación con el derecho administrativo como con referencia al tributario, en especial al impuesto de Derechos reales.

¿Cuándo existe la concesión? ¿Desde que la pide el concesionario? ¿Desde que, previa la tramitación oportuna, se dicta el acuerdo u orden de concesión fijando las condiciones de la misma? ¿O desde que el particular contesta aceptando esas condiciones?

Si la concesión exclusivamente está regulada por la ley y no hay bilateralidad, como defiende el Sr. Gómez, la concesión debe existir desde que se pide ajustándola a la ley, puesto que sólo así se comprende esa falta de transmisiones mutuas de derechos y obligaciones con mutua igualdad en que estriba el contrato.

Por el contrario, si la concesión fuese un verdadero contrato, no existirá ésta en tanto que el particular, una vez conocidas concretamente las condiciones fijadas por la Administración, las acepta concretamente, porque sólo entonces se da el acuerdo de voluntades sobre un objeto fijo y con pactos prefijados.

En la práctica del Ministerio de Fomento esta última solución es la que se sigue, aunque tal vez sin darla todo el alcance jurídico

y doctrinal que tiene; así dictado el acuerdo de la Dirección u orden ministerial, se notifica al interesado y únicamente cuando éste contesta aceptando las condiciones se estima otorgada la concesión. Y hasta tal punto se observa este criterio, que la fecha de la concesión no es la de la firma del Director o Ministro que la otorgó (antes la Real orden), sino la de la minuta en que se traslada al interesado las condiciones ya aceptadas por él. Dándose, además, otra anomalía, a saber, que la póliza que exige la ley del Timbre para reintegro de los títulos de las concesiones se une e inutiliza en el expediente administrativo (en el protocolo o extracto), en vez de ponerle en el título de la concesión o en el traslado de la concesión que hace efecto de tal.

A juicio nuestro, esta práctica, no corroborada por ley alguna que conozcamos, no es admisible. La verdadera concesión existe desde que la otorga la Administración. La ley fija las condiciones. El particular, conociendo ya la ley, forma su proyecto, redacta su Memoria y hace su petición; la Administración, previos anuncios y estudio, la otorga; la coincidencia de voluntades se ha producido. Podrá, tal vez, en algún caso, existir alguna condición especial impuesta por las oposiciones formuladas o por las circunstancias peculiarísimas del caso. Será una excepción que, como todas, confirme la regla general. Esta es que existe la concesión desde que la Administración, imponiendo su autoridad y su fuerza de tal, hace egresión de los derechos que le corresponden a favor del particular. Notificado ese acuerdo, surgen todas las obligaciones que la concesión o las leyes impongan al concesionario. Y surge también la de declarar la concesión a los efectos del impuesto de Derechos reales, a fin de no incurrir en las sanciones que la ley del mismo impone.

Con la segunda de las diferencias que señala el Sr. Gómez estamos más conformes, aun cuando no en absoluto, porque ello afecta más a la forma que al fondo. Es indudable, a nuestro juicio, que en las concesiones administrativas hay verdaderas estipulaciones contractuales que obligan a la Administración, aun en las llamadas a precario. La Administración resulta tan ligada por las condiciones como el particular, y si aquélla quiere recuperar dentro del derecho las que ha transmitido al concesionario, ha de expropiárselos y abonarle una indemnización por el rescate

anticipado; lo contrario será un verdadero atropello, un despojo y una expoliación. Unicamente en las tituladas a precario se da el caso de privación de la concesión por voluntad exclusiva de la Administración; pero ello no es óbice a lo expuesto, ya que esa privación, por anómala que sea, dimana de la aceptación por el propio concesionario de la condición impuesta en la concesión referente a tal forma de concluir la concesión.

Las otras dos notas señaladas por el Sr. Gómez las aceptamos como exactas: como se ve, son de un orden más subalterno.

#### IV

La ley de Bases de 29 de Diciembre de 1876 declara en su artículo 1.º que se entiende que son obras públicas las que sean de general uso y aprovechamiento, y las construcciones que se hallan destinadas a servicios a cargo del Estado, provincias o pueblos. Y desarrollando estos conceptos, el artículo 1.º de la ley de 13 de Abril de 1877 dispone que pertenecen al primer grupo los caminos así ordinarios como los de hierro, los puertos, los faros, los grandes canales de riego, los de navegación, los trabajos relativos al régimen, aprovechamiento y policía de las aguas; encauzamiento de los ríos, desecación de lagunas y pantanos y saneamiento de terrenos. Y al segundo grupo los edificios públicos destinados a servicios que dependan del Ministerio de Fomento.

Es decir, que las primeras—como dicen Posada y Alcubilla—tienen un carácter eminentemente social y atienden a necesidades que satisface el Estado, y las segundas están destinadas al servicio privado del Estado en concepto de medios para desempeñar sus funciones (son las construcciones civiles).

Pero aparte de esas otras, que son propiamente las obras públicas que se han de ejecutar, bien directamente por el Estado, bien por contrato, previa la subasta o concurso correspondiente, los capítulos VI, VII y VIII de la ley citada se ocupan de las obras ejecutadas por particulares, para las cuales no se pidan la subvención ni ocupación de dominio público; de las obras subvencionadas con fondos públicos, pero que no ocupan dominio público, y, finalmente, de las *concesiones* de dominio público que

soliciten los particulares o Compañías que hayan de ocupar y aprovechar permanentemente una parte del dominio público destinada al uso general.

Cuando se habla de concesiones administrativas, se hace referencia, en general, a este último grupo. Pero, técnica y legalmente, también están comprendidas las de los dos primeros. Y así lo revela el artículo 53 de la ley citada al determinar que los particulares y Compañías podrán también construir y explotar obras públicas destinadas al uso general de las comprendidas en el artículo 7.º (carreteras, ferrocarriles, canales de riego y navegación, desecación de lagunas y pantanos y saneamiento de terrenos insalubres). Son dos, por lo tanto, las clases de concesiones administrativas: una, referente a la ejecución de obras de carácter general para el aprovechamiento público mediante retribución tarifada, en cuyas obras el Estado es reemplazado por la empresa, tanto en la construcción como durante cierto tiempo, en la explotación. Y la otra es aquella en que el Estado otorga una parte del dominio público a un concesionario para que, bien directamente o ejecutando ciertas modificaciones, éste lo explote, llegando a veces a hacerlo suyo en plena propiedad, como ocurre en el saneamiento de terrenos insalubres, en que el concesionario, una vez hecho el saneamiento, se convierte en un verdadero dueño del terreno saneado, e inhibiéndose el Estado de toda acción directa y conservando únicamente un derecho de vigilancia o alta inspección, muy al contrario de lo que ocurre en las obras propiamente públicas.

Del primer grupo no nos ocupamos hoy; su importancia y su extensión requieren desarrollos que no se pueden dar: abarca los ferrocarriles, las carreteras, los grandes canales de riego o navegación y la desecación de lagunas o terrenos insalubres.

El segundo grupo es el constitutivo de las concesiones propiamente tales. Estas son las que define el artículo 94 de la ley de Obras públicas. Veamos sus notas específicas, quién las otorga y sus condiciones.

Se caracterizan por ocupar o aprovechar constantemente una parte del dominio público y estar destinadas a un uso general. Pero en realidad comprenden no sólo las que ocupan ese domi-

nio, sino también el del Estado : así lo evidencia el epígrafe del capítulo 8.º de la ley.

Se otorgan, según ésta, *en todo caso*, por el Ministerio de Fomento.

Y ante lo categórico de este precepto, surge la doble duda de si puede haber concesiones otorgadas por las corporaciones provinciales o municipales o si aquéllas han de recaer exclusivamente en los terrenos de dominio público de uso general.

La ley de Obras públicas se contrae a los bienes de dominio público : los bienes de las provincias o de los pueblos son, o de uso público, como las calles, plazas, caminos vecinales o municipales, las fuentes públicas o las obras públicas de servicio general costeadas por aquéllos, o de carácter patrimonial ; estos últimos se rigen por las disposiciones de la propiedad privada (artículos 344 y 345).

Esta clasificación es evidentemente inexacta y la jurisprudencia ha tenido que suplir sus deficiencias. Hay bienes, en efecto, que el Municipio posee como un particular, y son los patrimoniales ; hay otros que todo el mundo puede usar, pues a ellos están destinados, como son los antes enumerados (calles, plazas, etc.) ; pero hay una tercera clase, cuales son los bienes comunes, que corresponden a los Municipios como persona jurídica, pero cuyo aprovechamiento no corresponde sino a los vecinos mismos del pueblo, por los procedimientos que señalaba la antigua ley Municipal (artículo 75) y hoy el Estatuto (artículos 159 y siguientes).

En cuanto a la primera clase de bienes, su propia naturaleza veda en general que sean objeto de concesión permanente, pues han de estar destinados al uso general. Pero por excepción puede realizarse concesiones en ellos, por ejemplo, autorización para instalar quioscos en la vía pública. En los segundos pueden otorgarse por los Ayuntamientos toda clase de concesión. Y en la tercera también pueden otorgarse concesiones, conforme al artículo 150, números 8 y 21, del Estatuto Municipal.

¿ Ha de intervenir en estas concesiones el Estado ? A nuestro juicio, no. Las regula el Ayuntamiento y él es quien fija las condiciones.

La construcción o concesión de vías férreas o telefónicas, se-

gún el Estatuto, es atribución, dentro de cada término, de los Ayuntamientos. Pero esas concesiones han de coordinarse con las del Estado, según el 151 del mismo. Con esta limitación es de la exclusiva del Ayuntamiento en pleno la concesión de obras municipales, según el 153.

Finalmente, el artículo 160 del Estatuto declara que se pueden otorgar concesiones de terrenos a favor de vecinos braceros por menos de diez años o de autorizaciones para plantar árboles dadas por el Ayuntamiento en pleno o por la Comisión en uso de las reglas dadas por aquél, sin perjudicar los aprovechamientos comunales.

Qué derechos son los que crean estas concesiones ya lo veremos después.

No es tan expresivo ni está tan detallado el Estatuto Provincial en relación con las concesiones, pero en el fondo atribuye a las Diputaciones idénticas facultades que el suyo a los Ayuntamientos. En efecto, los artículos 107, 108, número 5; 110 y 115 de aquél, declaran que corresponde a la Diputación provincial la construcción de caminos y carreteras que no sean del plan general del Estado o de los pueblos, la de los ferrocarriles y tranvías interurbanos (sometiéndoles a la aprobación del Ministerio de Fomento, lo cual es una excepción a la exclusiva intervención de la Provincia un tanto anómala, la desecación de terrenos pantanosos o insalubres, formación de pantanos y otorgar concesiones para obras provinciales (artículo 108, número 5).

En la ley Municipal de 1877 se dispone que es de la exclusiva competencia municipal los edificios municipales y en general la administración de los bienes del mismo y la regulación de los aprovechamientos de los comunales (artículos 72 y 75). Idéntica prevención tiene el artículo 74 de la ley Provincial para los bienes de las provincias.

Por lo tanto, los términos absolutos en que está redactado el artículo 94 de la ley de Obras públicas es indudable se refiere sólo a los bienes de dominio público o al del Estado a que aluden los artículos 339 y 340 del Código Civil, y no a los de las corporaciones definidos en el 344. Esto mismo lo confirman los artículos 54 y 74 de la ley de Obras públicas, según los cuales las concesiones se otorgan por el Ministerio de Fomento o por la Diputación Pro-

vincial o Ayuntamiento de quien dependen las obras o a quien pertenecen los bienes.

Determinada la persona que las otorga, hemos de ver los requisitos de las concesiones. Claro es que en este punto será preciso examinar cada clase de concesión, pues cada una de ellas lleva consigo requisitos determinados: aquí nos referimos sólo a las concesiones en general.

Las concesiones de dominio público o son con subvención o sin ella. Si se pide subvención del Estado, ha de preceder una ley y si procede de las Diputaciones o Ayuntamientos ha de darse la concesión mediante subasta pública.

Las concesiones subvencionadas son siempre temporales, por noventa y nueve años y pasado ese plazo vuelven al Estado, Provincia o Ayuntamiento que las otorgó, entendiéndose por subvención cualquier auxilio directo o indirecto: el concepto no puede ser más amplio.

Para obtenerlas se puede pedir autorización previa al efecto de hacer los estudios correspondientes y formar el proyecto; y hecho éste se formula la petición a las Cortes, si es del Estado o a las Corporaciones Municipales o provinciales, y fijado por unas u otras el máximo de subsidio se saca el proyecto con obligación de abonar el importe de éste al autor, y se adjudica al mejor postor. Para tomar parte en ella ha de depositarse el uno por ciento del importe de la obra. Son condiciones esenciales de estas concesiones: a) El prestar fianza del cinco por ciento del presupuesto total. b) El derecho de la Administración de vigilarlas durante la construcción y durante la explotación. c) La prohibición de introducir alteraciones en el proyecto sin autorización del Ministerio de Fomento o Corporación otorgante. d) Rebaja proporcional de la subvención si se rebaja el importe de las obras y, en cambio, no se aumenta la subvención aunque por la variación se aumente el coste de las obras. e) Caducidad de la concesión si no se empiezan o acaban las obras en el plazo señalado; sin embargo, por fuerza mayor, previo informe del Consejo de Estado, pueden concederse prórrogas para terminar las obras por el Ministerio de Fomento o Corporación respectiva. f) Que si se interrumpe el servicio, el Estado o Corporación puede incautarse de la concesión si la empresa, en un plazo de seis meses, no asegura que cuenta con elementos para continuar la



explotación, en otro caso, caduca. g) Declarada la caducidad se sacan a primera subasta las obras por tres meses, por el tipo de tasación, o en su caso a segunda subasta por dos tercios o a tercera sin tipo; si hay postor, se le adjudica, quedando sujeto a las mismas condiciones que el anterior, y si no le hay se adjudica al Estado, Provincia o Pueblo, que podrán continuar la concesión si quieren; pero sin derecho alguno del antiguo concesionario.

Por una anomalía extraña no se ocupa la ley de la posibilidad de que el concesionario pueda transmitir su concesión a un tercero, al contrario de lo que hace en las concesiones no subvencionadas (artículo 103) y en las obras de particulares comprendidas en el artículo 7.º (artículo 66) de la misma ley; ¿quiere decir esta omisión que esta clase de obras subvencionadas no se pueden transferir a tercero?

A nuestro juicio, no. Basta con pensar que se trata de un verdadero derecho real, según el artículo 334, núm. 10 del Código Civil, que forma parte de la propiedad colectiva e individual y que por su propia naturaleza está en el comercio de los hombres; no hay razón jurídica que impida su enajenación. El artículo 188 del Código de Comercio se refiere precisamente a las concesiones de obras públicas en general y en especial a las de ferrocarriles, que son las especialmente subvencionadas y dispone que las compañías respectivas pueden ceder, vender o traspasar sus derechos en las respectivas empresas o fundirse con otras análogas. Y siendo precisamente esas empresas subvencionadas, no puede haber duda que igualmente pueden ceder sus derechos a aquellas que gozan de tal beneficio según la ley de Obras públicas.

Al tratar de la transferencia aparece otra cuestión importante.

El Código de Comercio dispone que para que la transferencia de las Compañías de Ferrocarriles y *demás obras públicas* tengan efecto, es preciso: 1.º Que lo consientan los socios por unanimidad a menos que en los estatutos se hubieran establecido otras reglas para alterar el objeto social. 2.º Que lo consientan todos los acreedores; este consentimiento no es necesario cuando no se confundan las garantías, conservando los acreedores la integridad de sus derechos respectivos. Añade el Código que para la transferencia no es precisa autorización ninguna del Gobierno, aun cuando la obra hubiera sido declarada de utilidad pública para explotación for-

zosa, a menos de que la empresa gozase de subvención directa del Estado o hubiere sido concedida por una ley u otra disposición gubernativa.

Es graciosa esta última excepción, porque no hay concesión administrativa que no haya sido otorgada por una disposición de la propia administración; es decir, de la autorización gubernativa; por lo tanto, en toda transferencia de concesión, según el Código, se requiere autorización del Gobierno.

Si acudimos a la ley de Obras públicas, vemos que el artículo 66, comprendido en el capítulo referente a las obras para las que no se pide subvención ni ocupación del dominio público, determina que el concesionario puede enajenar su concesión *previa autorización* del Ministerio o Corporación que le hubiere otorgado la concesión, obligándose el adquirente en los mismos términos y garantías que lo estaba el primitivo; y que el 103, comprendido en el capítulo referente a las concesiones de dominio público o del Estado, pero sin subvención, declara que el concesionario puede transferir libremente la concesión sólo con la obligación *de dar cuenta* al Ministerio de Fomento o Corporación que hubiere otorgado la concesión y de que quien sustituye en los derechos le sustituya en las obligaciones.

Comoquiera que estas dos últimas concesiones de obras públicas proceden de autorización gubernativa y dada la generalidad de lo dispuesto en el Código de Comercio, es indudable que hay una doble antinomia entre dicho Código y la ley de Obras públicas.

De una parte, aquél exige en todo caso autorización gubernativa para la transferencia; ésta lo requiere sólo para las subvencionadas—por extensión o para las obras a que se refieren sus artículos 7.º y 66—y no para las que sin subvención se limitan a ocupar terrenos de dominio público.

De otra parte, el Código de Comercio tiene muy en cuenta los derechos y voluntad de los socios, exigiendo unanimidad entre ellos y los de los acreedores, en los que exige también unanimidad, a menos que en cuanto a aquéllos lo prevengan los estatutos o en cuanto a éstos queden separadas y subsistentes las garantías.

¿Qué disposición prevalecerá? A nuestro juicio, el Código de Comercio. Es ley posterior a la ley de Obras públicas; es el ordenamiento de los derechos de todas clases en relación a la vida mercantil de las sociedades y de sus socios (en tanto que la ley de Obras

públicas sólo se fija en los de carácter público general); y, por último, atiende a salvaguardar los derechos de tercero, como son los acreedores o los socios, que podrían verse gravemente perjudicados sin las garantías y precauciones que toma el Código. Por todo lo que éste debe observarse en todas las transferencias de obras públicas, sea cualquiera su naturaleza.

## V

Los requisitos de las concesiones de dominio público o de dominio del Estado no subvencionadas son las siguientes: a) Petición del interesado al Ministerio de Fomento acompañando (artículo 6 del Reglamento) memoria explicativa, planos, presupuestos, pliego de condiciones facultativas y presupuesto. b) El Ministerio de Fomento consultará los informes que conduzcan a esclarecer los derechos establecidos sobre el dominio público que se intente ocupar o las ventajas o inconvenientes para los intereses generales. c) Si de la información resulta que no se dan tales inconvenientes, se otorgará la concesión por el Ministerio de Fomento o sus delegados, estableciéndose, entre otras, las cláusulas siguientes: 1.<sup>a</sup> Los plazos para comenzar y finalizar los trabajos. 2.<sup>a</sup> Las condiciones para establecimiento y uso de la obra y las consecuencias de su incumplimiento. 3.<sup>a</sup> La fianza para garantizarla. 4.<sup>a</sup> Los casos de caducidad y consecuencia de ésta. 5.<sup>a</sup> Las tarifas máximas para uso y aprovechamiento y uso de la obra. d) Si de la información que se practique apareciera que se menoscaba el uso de dominio público, puede otorgarse por el Ministerio de Fomento; pero se ha de hacer mediante subasta pública que versará sobre rebaja de las tarifas para uso de la obra y en igualdad de aquéllas sobre la mejora del precio que de antemano se hubiera designado a la parte de dominio público que se hubiere de ceder; las condiciones son las mismas indicadas, agregando que el rematante ha de abonar el proyecto a su autor. e) El plazo de las concesiones, según la ley, es de noventa y nueve años; pero ese plazo es muy vario según las diversas clases de aquéllas; y en especial para aguas se ha modificado por Real decreto de 14 de Junio de 1921, reduciéndolo a setenta y cinco años. f) Otorgada la concesión, se debe expedir un título en

que se haga constar el otorgamiento y las condiciones, así como la fianza, caducidad, etc. (todo lo demás indicado, así como el derecho de transferir la concesión de que antes nos hemos ocupado).

En relación con este último punto, importante para el Registro de la Propiedad, se presenta la cuestión de si es necesario o no que la concesión se otorgue en escritura pública.

La ley de Contabilidad de 1.º de Julio de 1911 exige escritura pública para todos los contratos que otorgue la Administración. El artículo 1.280 del Código Civil lo exige también para los contratos referentes a derechos reales, como lo son las concesiones.

Pero la ley especial de Obras públicas no menciona la escritura pública y sólo dice que se expida *un título* (artículo 102). ¿Cómo hemos de interpretar esa palabra? ¿En sentido lato de documento escrito, sea cualquiera la naturaleza de éste o en sentido restringido de escritura pública? La cuestión es importante. El Reglamento de la ley de Obras públicas de 6 de Julio de 1877, que en sus artículos 122 y siguientes se ocupa de estas concesiones, sólo determina (artículos 126, 137, 139 y otros) que la concesión se hará por Real decreto y que las formalidades para su otorgamiento serán las que previenen los artículos 101 al 105 de la ley de Obras públicas, artículos en los que nada se dice sino que se expedirá un título.

Para decidir la cuestión no hay, pues, más remedio que acudir a la ley de Contabilidad y ver si en la concesión ha mediado subasta o no. Si ha mediado subasta o concurso, indudablemente conforme al artículo 59 de la ley de 1.º de Julio de 1911, es indispensable escritura pública. Si no media concurso o subasta, aunque creemos sería conveniente se consignara toda concesión en escritura pública, ya que de inmuebles y derechos reales se trata, no nos atrevemos a sostenerlo dada la lectura del artículo 102 de la ley y bastará según éste un título administrativo en que se consigne el Decreto u orden de concesión con las respectivas condiciones.

## VI

La Real orden de 26 de Febrero de 1867 prescribió la forma de inscribir las concesiones de ferrocarriles, canales y demás obras públicas en el Registro de la Propiedad; y sus disposiciones han pa-

sado a los artículos 62, 63 y 64 del Reglamento Hipotecario. Nos hemos de fijar, como más importantes al objeto de este estudio, en los artículos 14, 43 y 68 del mismo Reglamento.

A tenor del primero es indudable que las concesiones administrativas, como constitutivas de derechos reales, son inscribibles conforme a los párrafos primero, segundo y tercero del artículo 2.º de la ley Hipotecaria y 334, núm. 9 del Código Civil.

Determina el segundo que las concesiones que *no requieran* por excepción *el otorgamiento de escritura pública* pueden inscribirse desde luego mediante *el título* mismo de concesión. Esto es exactamente lo que antes hemos defendido: que la regla general es la necesidad de la escritura y la excepción su omisión. En qué casos ocurre una u otra cosa no lo determina la ley Hipotecaria ni su Reglamento, ni era su lugar; su lugar propio hubiera sido la ley de Obras públicas; pero ésta adolece de las deficiencias de que hemos hablado y para suplirla no vemos otra solución que el criterio antes expuesto y que no hemos de repetir; nuestro pensamiento, desde luego, es que en toda concesión—asimilándola en esto a los contratos—debería exigirse la escritura pública y no meramente documento auténtico administrativo. La importancia cada vez creciente de las concesiones, la dificultad de definir en cuáles se exige ese requisito y en cuáles no y la precisión de que queden los derechos señalados en cuanto a tercero con las garantías y solemnidades aludidas, aconsejan esa medida. Otra razón hay para ello, no de orden civil, sino fiscal, y es raro que la Administración no haya ido por ese camino; y es que con la precisión de otorgar la escritura se evita las defraudaciones del impuesto de derechos reales, tanto en las concesiones como en las fianzas necesarias para ellas.

El artículo 68 previene que a los documentos se acompañe la certificación de haberse inscrito la concesión en el Registro administrativo de aguas, conforme al Real decreto de 1.º de Febrero 1901. Según éste, toda concesión que se otorgue se inscribirá en el Registro administrativo, dando cuenta al Director general si se ha otorgado por el Gobernador. Ha de preceder, pues, la inscripción en el Registro administrativo al del Hipotecario. No se da, pues, en cuanto al Registro de las concesiones la anomalía que en cuanto a las informaciones para inscripción de esos aprovechamientos de

aguas se presenta de que nos hemos ocupado en otras ocasiones, ya que en éstos de una parte se exige conste inscrito en el Registro administrativo según el artículo 68 citado y de otra según las Reales órdenes de 12 de Marzo de 1902 y 2 de Enero de 1906, es preciso cumplir previamente los preceptos de la ley Hipotecaria: contradicción que debía desaparecer, pues causa molestias y perjuicios a los interesados sin beneficio para nadie.

¿Las concesiones *en precario* serán inscribibles? A nuestro juicio, sí, toda vez que, por inseguros que sean sus derechos, si constan en el Registro quien los adquiera ya sabe lo que adquiere. También lo han de ser las concesiones que en las playas se conceden para instalar balnearios o casetas más o menos permanentes, por la misma razón, ya que se trata de limitaciones de dominio que deben constar en el Registro o de derechos reales, que asimismo deben inscribirse en él.

Podrá objetarse que conforme al artículo 12 del Reglamento Hipotecario están exceptuados de la inscripción los bienes de uso público del Estado, provincias o pueblos a que se refieren los artículos 339 y 344 del Código Civil y los privativos del Estado mientras están dedicados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional; pero no es menos cierto que según el artículo 13 del Reglamento citado, si alguno de los bienes antes enumerados dejase de estar destinado a su fin primitivo adquiriendo el carácter de propiedad privada, se inscribirá desde luego con arreglo al artículo 21 y siguientes del mismo Reglamento. Ese es el caso de las concesiones administrativas en terrenos de dominio público, pues por efecto de aquélla quedan tales bienes desprovistos de su carácter público y adquieren el de privados o particulares. Esto, en teoría, es absolutamente exacto. En la práctica, las concesiones en precario, las estacionales para baños en la zona marítimoterrestre, las de quioscos en las calles, creemos que pocas veces se inscribirán. Conocemos, sin embargo, un caso ocurrido en Santander, en que otorgadas concesiones en la antigua playa de Maliaño, se han inscrito en el Registro de la Propiedad, aunque al parecer se trataba al principio de verdaderos barracones de tabla; pero que posteriormente se han transformado en obras de importancia y en verdaderas casas, creándose una situación de derecho de difícil solución. Este ejemplo demuestra la posibilidad de la inscripción de la con-

cesión, aunque fuese en precario, la conveniencia para el particular y lo peligroso para la administración, porque al amparo de aquélla se crean derechos que ésta después puede tener dificultades en destruir. No debiera ser así, porque constando las condiciones en ellas aparece el carácter esencial de precario ; pero el tiempo trae modificaciones, las concesiones a veces no son claras o no lo es la inscripción, y se da el caso de verse atada la administración por lazos a que no debiera estar sujeta.

Las inscripciones, por lo tanto, de las concesiones deben ser vigiladas y atendidas de un modo especialísimo por la administración, y como base de ellas ha de atender con sumo cuidado los derechos, obligaciones que confiera y las transmisiones de las mismas, a fin de evitar que surjan derechos de tercero que puedan perjudicar el interés público y el desarrollo de las actividades del Estado.

GABRIEL MAÑUECO,

Abogado del Estado