

TRANSMISION Y GRAVAMEN DE CONCESIONES ADMINISTRATIVAS (*)

POR

ROBERTO PAREJO GÁMIR

Notario de Madrid

SUMARIO: I. PRECISIÓN DE CONCEPTOS.—II. TRATAMIENTO CIVIL E HIPOTECARIO DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA.—III. LA TRANSMISIÓN DE CONCESIONES: PLANTEAMIENTO GENERAL.—IV. TRANSMISIÓN «INTER VIVOS»: A) *Concesiones de servicio*. B) *Concesiones de dominio*. C) *Subrogación del concesionario en la totalidad de los derechos y obligaciones dimanantes de la concesión*.—V. TRANSMISIÓN «MORTIS CAUSA».—VI. GRAVAMEN DE LA CONCESIÓN: A) *Derechos reales de goce*. B) *Derechos reales de garantía*. C) *Otros derechos reales*.

I. PRECISIÓN DE CONCEPTOS

Me corresponde desarrollar hoy ante ustedes la problemática, esencialmente notarial y registral, que suscitan la transmisión y el gravamen de concesiones administrativas; tema cuya importancia, tanto doctrinal como práctica, no es necesario poner de relieve. Por ello causa sorpresa el olvido de que ha sido objeto por los autores, pese a ser materia, en principio, apta para el tratamiento doctrinal por parte de dos grupos de especialistas: civilistas e hipotecaristas, de un lado, y administrativistas, de otro.

Parece conveniente, para lograr una más cabal comprensión de nuestro problema, comenzar precisando las categorías conceptuales que integran el enunciado del mismo: «transmisión», «gravamen» y «concesión administrativa». Y ello con ánimo no tanto de ahondar en el significado intrínseco de las mismas, ya que se trata de figuras perfectamente perfiladas en la Teoría general del Derecho, donde es forzoso remitirse; sino simplemente de sentar las bases sobre las cuales vamos a movernos en el limitado ámbito de esta charla. Así lograremos eludir cuestiones conexas, evitar confusiones y, en definitiva, obtener claridad en una materia tradicionalmente imprecisa y oscura.

(*) Constituye el presente trabajo básicamente la Conferencia que pronuncié el 28 de febrero de 1985 en la Academia Matritense del Notariado, pendiente de publicación en sus *Anales*. A pesar de haber añadido las notas a pie de página y revisado, en general, el texto para esta publicación, he creído oportuno mantener ciertos giros y locuciones propios de la expresión oral, que fue la primera finalidad del trabajo.

Utilizamos la expresión *transmisión* no en sentido rigurosamente técnico, equivalente a acto traslativo, sino en un sentido más amplio y usual: como equivalente a cualquier acto jurídico que provoque un cambio en la persona del concesionario, es decir, la sustitución del primitivo concesionario por otro; es indiferente cuál sea la técnica concreta empleada, siempre que el resultado sea el apuntado, una sucesión o sustitución en la condición de «parte» en la relación jurídicoadministrativa que implica toda concesión, que es el aspecto esencial en la doctrina de la concesión administrativa (1).

De acuerdo con lo anterior, tendrá relevancia a nuestros efectos un acto no rigurosamente traslativo según la técnica civil, siempre que concluya en ese cambio de concesionario apuntado. Si en una liquidación de sociedad de gananciales, una concesión ganancial es adjudicada al propio cónyuge concesionario en pago de su haber, ello es irrelevante a nuestro propósito; sean cuales fueren las consecuencias civiles del negocio, no hay sustitución de concesionario y no puede considerarse *transmisión* de concesión administrativa. Por el contrario, si pretende adjudicarse al cónyuge no concesionario, estamos ante una transmisión a todos los efectos y entrarán en juego las peculiaridades que justamente constituyen el objeto de nuestro estudio. Y lo mismo cabría decir en otros supuestos análogos, tales como las aportaciones a sociedad, civil o mercantil: en tanto en cuanto alteran la persona del concesionario implican transmisión de la concesión, independientemente de la postura que pueda mantenerse sobre la naturaleza jurídica de la aportación social en el ámbito civil.

Dos grupos de cuestiones, sin embargo, excluirémos de nuestra consideración:

a) Las transmisiones a extranjeros, en las que a las limitaciones propias del Ordenamiento administrativo básico han de yuxtaponerse las derivadas de la condición personal del adquirente en cuanto a su nacionalidad o, simplemente, en cuanto a su residencia. Bastará aquí con remitirse a la bibliografía general sobre inversiones extranjeras (2), ya abundante, no sin advertir, aunque resulte

(1) Cfr. VILLAR PALASÍ, voz *Concesiones administrativas*, «NEJS», IV, págs. 731-2.

(2) De entre las que caben destacar dos obras debidas precisamente a Notarios: LUCAS FERNÁNDEZ, *Temas sobre inversiones extranjeras y control de cambios*, 2 vols., 1981; F. NÚÑEZ LAGOS, *Inversiones extranjeras. Régimen de adquisición y transmisión de bienes*, 1984.

obvio, que en todo caso, además de la legislación *ad hoc* de inversiones extranjeras, siempre serían aplicables también las normas comunes que examinaremos, sin que pueda pensarse que la obtención de la autorización de la DGTE para la pertinente inversión excluya la propia del órgano concedente, si es necesaria. Serán exigibles cumulativamente ambas autorizaciones, por tanto y aplicable en todo caso la normativa base a que más tarde aludiremos.

b) Los problemas derivados de la afectación forzosa de las concesiones administrativas (embargo) y de la transmisión asimismo forzosa de las mismas (ejecución procesal). Problemas que ofrecen perfiles propios, derivados de la intervención judicial en la materia, y que debemos aquí evitar. En términos generales, y como ha puesto de relieve la doctrina (3), son de aplicar los mismos principios básicos que a las transmisiones voluntarias, aquí estudiadas.

Tampoco la palabra *gravamen* debe ser entendida, a nuestros efectos, en un sentido rigurosamente técnico jurídico-privado. Habitualmente, la doctrina que trata estos temas alude fundamentalmente a los actos de gravamen, y específicamente a la hipoteca, como gravamen típico y habitual (4); pero no debe olvidarse que no sólo la hipoteca, sino cualquier derecho real sobre cosa ajena puede tener por objeto una concesión administrativa (5). Por ello aquí debemos ocuparnos, al hablar de gravamen, de la constitución sobre una concesión de un derecho *real* sobre cosa ajena, sea de goce, sea de garantía, sea de preferente adquisición. Tanto el usufructo como el derecho de opción, p. ej., son susceptibles de tener por objeto una concesión.

Lo que en todo caso es necesario es que se trate de un auténtico derecho real; por ello sí quedarán fuera de nuestra consideración los actos y negocios puramente obligacionales, ya que en este caso estamos ante supuestos regidos íntegramente por el derecho privado, sin especialidades de interés.

A veces, sin embargo, también estos negocios obligacionales exigen un tratamiento especial: la L. Hidr. (art. 10,2) exige autoriza-

(3) MARTÍN OVIEDO, «Transferencia, hipoteca, embargo y ejecución en las concesiones administrativas», en el volumen *Estudios de Derecho Administrativo (Libro jubilar del Consejo de Estado)*, 1972, págs. 320 y ss.

(4) Cfr. CANO TELLO, *La hipoteca de concesiones administrativas*, 1973.

(5) Con excepción, quizá, de algunos, como los censos, que por su propia naturaleza repugna admitir la posibilidad de que recaigan sobre concesiones. Cfr. en este sentido VILLAR PALASÍ, *Naturaleza y regulación de la concesión minera*, núm. 1 de esta REVISTA (1950), págs. 79 y ss., esp. pág. 113.

ción para toda clase de convenios que entrañen participación en los productos obtenidos o en los beneficios, sea cual sea la forma jurídica del pacto; lo que incluye evidentemente actos jurídicos obligacionales. También el derecho arrendaticio sufre a veces restricciones: la L. Min (arts. 94, 97, 99) y su Regl. (arts. 119, 123, 125) equiparan en todo el arrendamiento a la transmisión de los permisos y concesiones de minas, y en ocasiones las restricciones al arrendamiento son hasta superiores a las propias de las transmisiones: así, la LTC (art. 12), que permite la transmisión de concesiones, prohíbe expresamente el arrendamiento de las mismas.

No obstante la existencia de estos casos y algunos más que podría citarse, en general los negocios obligacionales, al no provocar una alteración en la condición de «parte» en la relación concesional, están exentos de condicionamientos administrativos y caen, por ello, fuera de nuestro ámbito.

La figura de la *concesión administrativa*, por su parte, es uno de los conceptos más importantes y a la vez más discutidos del Derecho Administrativo actual. A los efectos que ahora interesan hay que decir que, en nuestro Derecho, y partiendo de bases ofrecidas por los Ordenamientos alemán e italiano, hacia los años cincuenta, y gracias a varios trabajos doctrinales de singular altura (6) y a varios luminosos Dictámenes del Consejo de Estado (7) se perfilan con cierta nitidez los rasgos decisivos de la concesión administrativa como técnica jurídica. Se logra, en definitiva, dibujar con precisión los trazos de esta figura tradicionalmente de contornos borrosos e imprecisos. Desgraciadamente, esta línea doctri-

(6) GARCÍA-TREVIJANO, *Aspectos de la administración económica*, núm. 12 de esta REVISTA (1953), págs. 11 y ss., esp. págs. 48 y ss.; id., *Caducidad de concesiones hidráulicas*, núm. 16 de esta REVISTA (1955), págs. 261 y ss. GARCÍA DE ENTERRÍA, «El dogma de la reversión de las concesiones», en los *Estudios dedicados al profesor GASCÓN Y MARÍN en el cincuentenario de su docencia*, 1952, págs. 355 y ss.; id., *La actividad industrial y mercantil de los municipios*, núm. 17 de esta REVISTA (1955), págs. 87 y ss., esp. pág. 94; id., *El problema de la caducidad de las concesiones de aguas públicas y la práctica de las concesiones en cartera*, núm. 17 de esta REVISTA (1955), págs. 269 y ss. Especial relieve tienen los trabajos de VILLAR PALASÍ: *Naturalaleza y regulación...*, ya cit.; *La eficacia de la concesión y la cláusula «sin perjuicio de tercero»*, núm. 5 de esta REVISTA (1951), págs. 147 y ss.; y, especialmente, la voz *Concesiones administrativas*, «NEJS», IV, págs. 684 y ss.; este último trabajo, pese al tiempo transcurrido desde su publicación (en 1952) no ha sido superado en la doctrina española, ni como estudio de conjunto sobre la concesión, ni en cuanto a muchos de los aspectos concretos en él tratados.

(7) Cfr., p. ej., los Dictámenes de 12 de mayo de 1948, 21 de octubre de 1948, 24 de noviembre de 1951, 9 de julio de 1954 y otros. No supone descubrir ningún secreto el poner de manifiesto la influencia en esta doctrina de los autores citados en la nota anterior, todos ellos miembros del Alto Cuerpo consultivo.

nal no ha sido totalmente aceptada posteriormente, ni por los autores (8), ni por la misma legislación (9), para nosotros, por el contrario, constituye la base más sólida para abordar cualquier tema relativo a la concesión administrativa, y, en concreto, el de la transmisión y el gravamen de la misma.

De acuerdo con esta doctrina, son rasgos decisivos de la concesión, que ahora interesa poner de relieve, los siguientes:

a) Que la concesión administrativa es un acto administrativo por el que la Administración confiere a un particular una esfera de actuación originariamente administrativa (Dict. C. de E. de 11 de noviembre de 1950); implica, por tanto, la transferencia de facultades administrativas a un particular (S.T.S. 21 de febrero de 1969), lo que supone, de una parte, el surgimiento de un derecho a favor del particular, y, de otra, la transferencia al mismo de una función que ha de ejercitar en interés general (Dict. C. de E. de 12 de mayo de 1948).

Todo ello con una matización decisiva: esta transferencia al particular de una función administrativa lo es sólo en cuanto a su ejercicio, reteniéndose en todo caso su titularidad por la Administración concedente: por ello el servicio público sigue siendo tal y referible a la Administración que mantiene en él facultades de imperio (S.T.S., citada, de 21 de febrero de 1969) y por ello la concesión demanial no implica una cesión plena del dominio público al particular, pues la Administración no se desprende de su titularidad, sino sólo de la explotación de los bienes; el pretender que la concesión transfiera los bienes sobre los que recae en propiedad privada supondría desconocer los caracteres constitucionales del dominio público (S.T.S., sala 1.ª, de 11 de diciembre de 1980).

b) En cuanto a su naturaleza jurídica, conviene separar con cuidado la concesión del contrato administrativo. En nuestra actual doctrina (10) parece predominar la tesis contractual, al menos para la concesión de servicios, tras el pie forzado que al respecto suministra la LCE; y ésta parece ser asimismo la orientación de la

(8) Cfr., en este sentido, p. ej., las críticas (a mi juicio sin fundamento alguno) de ALBI, *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales*, 1960, págs. 501 y ss., esp. pág. 511.

(9) Las leyes de Patrimonio del Estado y de Contratos del Estado son bien significativas al respecto.

(10) Un buen resumen de posiciones, en DOMÍNGUEZ-BERRUETA, *El incumplimiento en la concesión de servicio público*, 1981, págs. 19 y ss.

jurisprudencia mayoritaria (11). Entendemos, por el contrario, que, si bien la concesión supone una relación jurídica bilateral, surge a la vida jurídica no a través del contrato, sino del acto administrativo unilateral (12). No parece necesario hacer aquí mayores precisiones al respecto, bastando con apuntar que, si estuviéramos ante un auténtico contrato, sería difícilmente explicable precisamente el caso que nos ocupa, el de la transmisión de la concesión: el sistema vigente en materia de transferencia de concesiones no permite la aplicación de preceptos tan decisivos como los artículos 1257, 1091, 1205 y otros del C.c. (13).

c) Dentro de la básica unidad de la idea concesional, que aquí se acepta, cabe escindir el amplio campo de las concesiones administrativas en dos grupos: de dominio público, o demaniales, y de servicio público, según que la esfera de actuación administrativa que por la concesión se transfiere al particular se refiera al uso y aprovechamiento privativo de bienes de dominio público, o a la gestión y explotación de un servicio público (cfr. el importante Dict. del C. de E., ya citado, de 11 de noviembre de 1950).

A esta dicotomía fundamental nos limitamos, rechazando las restantes posibles especies concesionales: las llamadas concesiones constitutivas (el ejemplo clásico es la de títulos nobiliarios), muy alejadas de la presente problemática; las enigmáticas concesiones industriales (14), negadas por la mayoría de los autores y que, por

(11) Cfr., p. ej., Ss. T.S., sala 3.ª, de 27 de octubre de 1961, 21 de octubre de 1966 y 12 de noviembre de 1968, entre otras muchas. No obstante, en el terreno jurisprudencial, la cuestión dista de ser diáfana: cfr. S.T.S., sala 4.ª, de 17 de octubre de 1980, que califica abiertamente de acto una concesión demanial.

(12) Cfr. VILLAR PALASÍ, voz *Concesiones*, cit., pág. 703, quien remite a la clásica construcción de W. JELLINEK del acto administrativo «de doble cara» (*zweiseitiges Verwaltungsakt*). La teoría citada parece, en efecto, aplicable a las concesiones, si bien es de advertir: a) Que el propio autor (cfr. su *Verwaltungsrecht*, 2.ª ed., 1929, págs. 240 y ss.; remite además a un trabajo monográfico suyo, publicado en el homenaje al Tribunal Superior Administrativo de Prusia, 1925, que no ha estado a mi alcance consultar) la aplica a supuestos muy lejanos al que ahora tratamos (concesión de nacionalidad, nombramiento de funcionarios, etc.); b) Que la reciente doctrina alemana no ha recogido la teoría, antes bien la rechaza expresamente (cfr., p. ej., H. J. WOLFF y O. BACHOF, *Verwaltungsrecht*, I, 9.ª ed., 1974, págs. 408-9); c) Que tampoco fuera de Alemania ha sido aceptada esta tesis, y sí criticada por los autores que de ella se han ocupado (cfr. STASSINOPOULOS, *Traité des actes administratifs*, 1973, pág. 59).

(13) El no comprenderlo ha dado a veces lugar a confusiones por el afán de aplicar estos preceptos a la transferencia de concesiones: cfr. S.T.S., sala 3.ª, de 12 de noviembre de 1963.

(14) Categoría sugerida por VILLAR PALASÍ, ya en *La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo*, núm. 3 de esta REVISTA (1950), págs. 53 y ss., en concreto cfr. pág. 66.

lo que ahora importa, serían subsumibles en cuanto a su transmisión en el régimen de las de servicio público; y, por último, las concesiones de obras públicas, tal como las configuró la venerable LOP, que, en la actualidad, deben entenderse incluidas en las de dominio o en las de servicio (según sean concesiones mixtas de obra y dominio o mixtas de obra y servicio, respectivamente), a efectos de su transmisibilidad.

d) Doctrina y jurisprudencia se han ocupado de marcar las diferencias de régimen jurídico entre las concesiones demaniales y las de servicio (15). Prescindiendo aquí de algunas de éstas (régimen revercional, potestad tarifaria, *ius exigendi*, etc.), interesa retener estas dos:

— Mientras la concesión demanial es, en principio, libremente transmisible, *inter vivos* y *mortis causa*, sin más requisito que la notificación *ex post* de la transmisión verificada a la Administración, la concesión de servicio, por su carácter *intuitu personae*, no puede transmitirse a tercero sin autorización previa de la Administración concedente (cfr. Dict. C. de E. de 9 de julio de 1954 y, citándole, el de 4 de febrero de 1965).

— A diferencia de la de servicio, la concesión demanial se caracteriza por hacer surgir en favor del concesionario un derecho real. Un derecho real de carácter administrativo (16), pero con todos los caracteres propios de los derechos reales, tal como señala el Derecho civil: inmediatividad, ejercicio *erga omnes*, exclusividad, inscribibilidad registral, etc. Ello es así por cuanto la concesión de dominio confiere a su titular el derecho a un uso privativo, exclusivo y excluyente, de bienes inmuebles demaniales, que tiene todas las características de los derechos reales. A continuación intentamos confirmar esta afirmación de principio y contrastar su vigencia en nuestro Derecho positivo.

(15) En forma esquemática pueden verse, p. ej., en las *Lecciones de dominio público*, 1976, pág. 58, que J. M. RODRÍGUEZ OLIVER y yo mismo redactamos.

(16) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *Los derechos reales administrativos*, 1975 (ya antes, en la RCDI, 1957).

II. TRATAMIENTO CIVIL E HIPOTECARIO DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA

Una primera aproximación a los artículos 334 y 336 del CC parece confirmar la configuración básica de las concesiones administrativas que se acaba de ofrecer. El artículo 336 utiliza, es cierto, la expresión «contratos sobre servicios públicos» al enumerar ciertos bienes muebles, pero no parece haber duda sobre la equivalencia entre la expresión legal y la técnica de «concesión de servicio público». La calificación como contrato no sorprende, si recordamos que, en la época de la promulgación del CC se aceptaba básicamente la naturaleza contractual de la concesión de servicio, línea doctrinal ésta que es la prevalente en nuestra doctrina tradicional y que incluso hoy día cuenta con el apoyo legal expreso que supone la LCE (17).

Mayores dudas puede suscitar la expresión legal que emplea el artículo 334. Este precepto, al enumerar los bienes inmuebles, habla en su número 10, de las «concesiones administrativas de obras públicas». ¿A qué se alude con ello? Téngase en cuenta que el CC recoge, como no podía ser menos, el estado de la cuestión vigente en 1889, y especialmente la regulación básica en materia concesional de la época, que venía contenida en la venerable LOP y en alguna otra norma (LA, LP, etc.). En aquella época la idea básica de la ley era la obra pública, y en torno a la misma giraban las de dominio público y servicio público; las tres técnicas se entrecruzaban y mezclaban continuamente, y en realidad aparecían juntas siempre o casi siempre: una *obra pública* era una «operación material de transformación en un inmueble *demanial*» (18), que servía de soporte material a la prestación de un *servicio público*.

Por ello, cuando el CC quiere dar rango de bienes inmuebles a las concesiones administrativas, acude al concepto entonces básico, la obra pública, que en realidad englobaba ya a los dos restantes, dominio y servicio, que hoy han pasado a primer plano;

(17) Que este apoyo es menor de lo que ordinariamente se cree es buena prueba el dato de que las críticas doctrinales a la L.C.E. se centran habitualmente en la regulación dada por la misma al sedicente «contrato de gestión de servicio público». En este sentido crítico, véase, p. ej., PARADA, *La nueva ley de contratos del Estado*, núm. 47 de esta REVISTA (1965), págs. 397 y ss., esp. pág. 403; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 1.ª edic., 1974, pág. 533.

(18) T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Las obras públicas*, núm. 100-102 de esta REVISTA (1983), III, págs. 2427 y ss., esp. pág. 2448.

relegando a segundo término la fase inicial de la concesión, la realización de la obra, para poner el acento en la fase ulterior, la utilización del dominio o la explotación del servicio. Pero, en definitiva, si recordamos la definición de obra pública que hace un momento ofrecimos, siguiendo a T. R. FERNÁNDEZ, siempre estas concesiones tendrán una base demanial, siempre afectarán a un bien inmueble de dominio público, y ello es justamente lo que justifica su calificación civil de bienes inmuebles y su sujeción al *status* típico de esta clase de bienes. Por el contrario, los «contratos sobre servicios públicos», es decir, las concesiones en las que lo que se confiere al particular es la pura gestión del servicio, sin soporte demanial, sin uso peculiar y privativo de un inmueble demanial, no merecen la calificación civil de bienes inmuebles.

Si de esta noción civil pasamos al aspecto registral del tema, el punto decisivo a resolver es la eterna cuestión de cuáles, entre las concesiones administrativas, tienen acceso al Registro de la Propiedad. La cuestión es sencillamente determinar cuándo, ante una concesión, podemos afirmar que tendrá o no acceso a los libros registrales; problema éste capital en Derecho Hipotecario, pero que no siempre ha sido resuelto correctamente por doctrina y jurisprudencia.

Existen, ante todo, concesiones inscribibles por expresa disposición de la propia legislación hipotecaria. Espigando en los dispersos preceptos de la Ley y el Reglamento, podemos indicar que se incluyen en este grupo las concesiones de aguas (arts. 108 LH y 64 RH), las de minas (arts. 107 LH y 62 RH), las de ferrocarriles (y canales y puentes) (arts. 107 y 210 LH) y las de «obras destinadas al servicio público» (art. 107 LH, con técnica que recuerda al comentado art. 334 CC); por último, deben incluirse aquí las de producción de energía eléctrica, según el desdichado artículo 67 RH, que, pese, a su reciente reforma, sigue siendo un precepto difícil de interpretar (19).

(19) Lo es por la multiplicidad de técnicas jurídico-administrativas, algunas no concesionales, sino simplemente autorizaciones, que pueden coexistir en la producción de energía eléctrica. Ciñéndonos a las de carácter hidráulico, coexisten en realidad, para la mayoría de la doctrina, dos concesiones distintas: una de aguas, demanial, y otra de producción eléctrica, de servicio. Para J. SALAS (*Régimen jurídico administrativo de la energía eléctrica*, 1977, págs. 59 y ss. y *passim*), en realidad existen una concesión demanial de aguas y una autorización industrial, no concesión de servicio. La cuestión dista de estar clara (cfr. la crítica a SALAS realizada por ARIÑO, «La configuración jurídica del sector eléctrico. Prolegómenos a su estudio», en el *Libro homenaje al profesor Juan GALVÁN ESCUTIA*, 1980, págs. 21 y ss.), pero en todo caso muestra el tono discordante de este artículo 67 R.H. en

Junto a las anteriores, otras concesiones no ofrecen dudas en cuanto a la inscribibilidad de las mismas: a veces por mandato expreso de su legislación específica, como las de autopistas (20); en otras ocasiones, por reconocimiento jurisprudencial expreso, como ocurre con las de marismas (21) y, en general, con las concesiones sobre la zona marítimo-terrestre (22). Y, en fin, en otras ocasiones, existe una unanimidad doctrinal que así lo abona, con evidente apoyo legal: concesiones de hidrocarburos (23), de teleféricos (24), portuarias en general (25), etc.

¿Cabe extraer un criterio doctrinal seguro de esta lista? Si de esta simple enumeración intentamos remontarnos a un plano abstracto, las dificultades parecen insalvables. El único precepto de carácter general sobre la materia es el artículo 31 del RH, pero que desgraciadamente no suministra una excesiva luz a nuestro problema, puesto que se limita a proclamar la inscripción de concesiones, siempre que «afecten o recaigan sobre bienes inmuebles», cuando lo que se trata de definir es justamente cuándo afectan o recaen sobre inmuebles. Y algo parecido cabe decir de la mayoría de los criterios doctrinales al uso. Así, ROCA SASTRE, p. ej., indica que las concesiones serán inscribibles, pero sólo las que tengan trascendencia real inmobiliaria (26); no se preocupa, sin embargo, de pre-

el sistema general de concesiones inscribibles. Quizá pueda contribuir a explicarlo el hecho de que este precepto recoge, a través de sus precedentes, la doctrina de una antigua Res. D.G.R.N. de 14 de diciembre de 1929 que, con toda incorrección, pareció admitir la inscripción de una concesión de tendido de red eléctrica, «siempre que grave los inmuebles que atraviesa». Esta Resolución se dicta bajo la vigencia de la Ley de 23 de marzo de 1900, cuyo texto, en efecto, se prestaba a equívocos; en la actualidad, sin embargo, parece ya evidente que la figura en cuestión se ciñe al ámbito de las simples autorizaciones, tal como se deduce de la ley de 18 de marzo de 1966 y confirma la doctrina más autorizada (LEGUINA, *Instalaciones de líneas eléctricas y precariedad administrativa*, núm. 68 de esta REVISTA (1972), págs. 9 y ss., esp. pág. 24).

(20) Artículo 56 del Pliego de 25 de enero de 1973. Cfr. J. L. BENAVIDES, *Las concesiones administrativas de autopistas y el Registro de la Propiedad*, «RCDI», 1977, págs. 1249 y ss.

(21) Resoluciones D.G.R.N. de 10 de abril de 1894 y 20 de octubre de 1977.

(22) Resolución D.G.R.N. de 18 de abril de 1969.

(23) Cfr. BALLESTER, *Inscripción de las concesiones de hidrocarburos*, «RCDI», 1975, págs. 1363 y ss.; si bien con referencia a la ley hoy derogada, sus conclusiones siguen siendo válidas.

(24) Cfr. VILLAR EZCURRA, *Los teleféricos y su problemática actual*, «REDA», 13 (1977), págs. 287 y ss.

(25) Cfr. UTRERA RAVASA, *Aspectos registrales de las concesiones de puertos*, «RCDI», 1983, págs. 345 y ss.

(26) *Derecho Hipotecario*, III, 6.ª ed., 1968, pág. 769; si bien a continuación considera inscribible toda concesión o autorización que implique un uso o aprovechamiento excluyente y duradero de cosas, bienes o elementos territoriales de dominio o carácter público; concepto éste cuya excesiva amplitud le hace inservible.

cisar cuándo se da esa trascendencia real inmobiliaria, o al menos *qué concesiones gozan de ella.*

Si recordamos ahora la dicotomía básica antes citada, concesiones demaniales *versus* concesiones de servicios; si asimismo recordamos cómo la concesión demanial se caracteriza por hacer surgir en favor del concesionario un auténtico derecho real, y si, por último, tenemos en cuenta el tratamiento legal que el CC ofrece en materia concesional, parece imponerse una conclusión: las concesiones de dominio, bienes inmuebles, son inscribibles; no lo serán las de servicio, que *civiliter* se consideran bienes muebles (artículo 336 CC). Con ello el problema parece inicialmente resuelto en forma sencilla y concluyente a la vez.

¿Cómo se explica entonces la inscripción de concesiones doctrinalmente consideradas como de servicio, tal como la de ferrocarriles? A mi juicio, por lo siguiente: existen concesiones de servicio que llevan consigo inexorablemente un aspecto demanial que implican la concesión del dominio público necesario para la prestación de servicio (27), dominio público surgido de la previa realización de una obra pública. Se trata, en realidad, de concesiones mixtas, de servicio y de dominio. El régimen jurídico que prevalece, en general, es el del servicio, en todos sus aspectos, incluso en el de su transmisión, como veremos; no obstante, en este punto concreto el aspecto del dominio prevalece sobre el del servicio y provoca el que tales concesiones sean inscribibles. Lo que en general es accesorio (el dominio) triunfa sobre lo que en general es esencial (el servicio).

Por ello, la eterna cuestión acerca de las concesiones que tienen acceso al Registro de la Propiedad puede contestarse con arreglo a estas pautas. Son inscribibles: *a)* Todas las concesiones demaniales, ya que todas afectan o recaen sobre bienes inmuebles; *b)* Algunas concesiones de servicio, en concreto aquellas que llevan consigo un matiz dominial, que, por regla general, serán todas las que sean en realidad concesiones mixtas, de obra y servicio; en todas ellas existe ese elemento demanial que justifica su inscripción. Y, por contra, no serán inscribibles las concesiones de servicio puras: las que ni tienen una fase previa de construcción de obra pública, ni implican un uso especial de bienes de dominio público, aunque

(27) Sobre esta figura de concesión de servicio con concesión subordinada de dominio, VILLAR PALASÍ, voz *Concesiones*, cit., págs. 701-2.

sea subordinado a la prestación del servicio: ejemplo clásico, las concesiones de transporte mecánico por carretera.

Con ello no podemos, sin embargo, considerar totalmente solventada la cuestión. En efecto, las concesiones administrativas, en la forma y medida expuestas, tienen acceso al Registro de la Propiedad; pero para ello es necesario que se trate de auténticas concesiones administrativas. Esta aparente perogrullada tiene su sentido si planteamos el problema bajo otro punto de vista: se trata de saber, ante un acto administrativo concreto, si se trata de una concesión —y por tanto inscribible— o constituye en realidad un acto administrativo de otra naturaleza —una autorización, por ejemplo— que, como tal, quedaría fuera de los libros registrales. La legislación indica claramente, y así lo corrobora unánimemente la doctrina (28), que la autorización no es inscribible; que sólo la genuina y verdadera concesión es susceptible de abrir folio registral.

El tema de la distinción, en términos generales, entre concesión y autorización ha sido tradicionalmente de los más confusos y conflictivos en la doctrina administrativista, y ello ya desde finales del siglo XIX, cuando simultáneamente Otto MAYER, en Alemania, y RANELLETTI, en Italia, comienzan a depurar técnicamente la categoría de la autorización, como acto que simplemente remueve un obstáculo preexistente, un límite establecido al ejercicio de un derecho subjetivo en el particular, que recobra así toda la energía efectiva que potencialmente ya tenía; pero que, por sí, ni crea ese derecho en el particular ni se lo transfiere, a diferencia de la concesión, que sí hace, como vimos, surgir en el particular un derecho propio y específico. Las matizaciones y puntualizaciones a dicha posición inicial han sido continuas, pero en este momento bastará al respecto con remitirse a la abundante literatura producida *ad hoc* (29) y ceñirnos aquí al aspecto registral, único que en este momento interesa.

(28) Citaré, como botón de muestra, dos de las obras generales sobre Derecho Hipotecario más conocidas, y separadas en el tiempo de su redacción por un siglo: GALINDO DE VERA y ESCOSURA, *Comentarios a la legislación hipotecaria de España*, I, 4.ª ed., 1903, pág. 301; CHICO ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, II, 1982, pág. 34.

(29) VILLAR PALASÍ, *La intervención administrativa en la industria*, I, 1964, págs. 257 y ss.; MANZANEDO, *El comercio exterior en el Ordenamiento administrativo español*, I, 1968, págs. 421 y ss.; T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Inscripciones y autorizaciones industriales*, núm. 52 de esta REVISTA (1967), págs. 421 y ss.; MEILÁN, *Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión*, núm. 71 de esta REVISTA (1973), págs. 59 y ss., esp. págs. 80-88; ARIÑO, op. cit., en el *Libro homenaje al profesor Juan GALVÁN*, págs. 50 y ss.

La distinción autorización-concesión se plantea en los dos grandes campos en que hemos visto se divide el amplio mundo de las concesiones administrativas. Ante todo, en el ámbito de las concesiones de servicios, en relación con las llamadas autorizaciones habilitantes, o autorizaciones dictadas para la prestación de un servicio, no servicio público en sentido estricto, sino servicio de los llamados virtuales o impropios (el ejemplo clásico al respecto es el servicio de taxis) (30). Dado que esta posible confusión sólo se produce entre autorizaciones y concesiones de servicio puras, que, como tales, no son de suyo registrables, carece de interés a nuestros efectos y prescindimos de su estudio, remitiéndonos a la bibliografía antes citada y a la muy importante S.T.S. de 31 de octubre de 1981, que contiene un acabado examen doctrinal de la materia.

Hipotecariamente la dificultad surge en orden a la distinción autorización-concesión en el ámbito del dominio público, y en la práctica en parcelas concretas del demanio, como el portuario y el de la zona marítimo-terrestre; fomentada además por la desafortunada redacción de algunos preceptos de la Ley de Puertos, sobradamente conocidos. Para obviar esta dificultad, doctrina y jurisprudencia han sugerido diversos criterios diferenciales.

Así, la muy importante Res. D.G.R.N. de 18 de abril de 1969 (31) acude a tres elementos diferenciadores. El primero es la creación a favor del particular de un verdadero derecho real, lo que sucede en la concesión y no en la autorización. El segundo, el dato del plazo: la concesión, a diferencia de la autorización, vincula a la Administración por un plazo fijo. Y, por último, se acude a la famosa cláusula de precario: la autorización es precarial, es decir, libremente revocable por la Administración en cualquier tiempo, lo que es impensable en tema de concesiones.

Ninguno de los tres criterios parece suficiente. El primero, porque hace aparecer como solución lo que es justamente el problema. Está claro que la concesión, y sólo ella, conlleva la aparición de un auténtico derecho real; el problema es aquí determinar cuándo surge ese derecho real, y, por ello puede hablarse de concesión. El

(30) Así lo califica la S.T.S. de 14 de marzo de 1977. Cfr. sobre el tema ENTRENA, *El servicio de taxis*, núm. 27 de esta REVISTA (1958), págs. 29 y ss., quien concluye afirmando que no es un servicio público, sino en realidad un servicio privado de interés general (pág. 40).

(31) Puede verse en «RCDI», 1970, págs. 140 y ss., con importante nota de FERNÁNDEZ CABALETRO.

segundo tampoco parece convincente, pues nuestro Derecho conoce, y no de forma insólita, la existencia de autorizaciones temporales.

Mayor enjundia tiene el dato del precario, que es aceptado además por varios autores (32); pero quizá tampoco puede ser considerado decisivo. Ello es así porque, como se ha demostrado (33), la cláusula de precario también juega en materia concesional, al menos en su forma de «precariedad de primer grado»; y porque de la Ley de Puertos se desprende la posibilidad de auténticas concesiones a precario (34).

A mi juicio, la nota última que permite separar la concesión de la autorización en materia demanial no es otra sino la del distinto uso de los bienes demaniales para el que habilitan al particular beneficiario. Como ha puesto de relieve la jurisprudencia en algunas decisiones (35), la concesión confiere al particular la facultad de efectuar un uso *privativo* del dominio público, un uso exclusivo y excluyente del demanio; uso intenso, que excluye la utilización por otros. La autorización habilita simplemente para un uso común especial, que puede ser incluso un uso anormal (autorización para

(32) GONZALO RODRÍGUEZ, *Concesiones y autorizaciones portuarias*, núm. 46 de esta REVISTA (1965), págs. 369 y ss.; SÁNCHEZ DÍAZ, *La concesión en el régimen de utilización de los bienes de dominio público de las Corporaciones locales*, «REVL», 1974, págs. 695 y ss., quien, sin embargo, se ve forzado a aceptar que el R.B.E.L. parece admitir las concesiones a precario. En el terreno jurisprudencial, el criterio del precario es aceptado, además de por la Res. citada en el texto, por la S.T.S. de 2 de octubre de 1967 (que cita el Dictamen del C. de E. de 19 de junio de 1957). En general, sobre el tema en el ámbito demanial, cfr. también GARCÍA-TREVIJANO, *Autorizaciones y concesiones en el dominio marítimo*, en «Revista Española de Derecho Marítimo», 3 (1963), págs. 279 y ss.

(33) R. MARTÍN MATEO, *La cláusula de precario en las concesiones de dominio público*, núm. 56 de esta REVISTA (1968), págs. 93 y ss., esp. págs. 121. La S.T.S. de 29 de octubre de 1979, en esta misma línea, señala que la cláusula de precario es admisible en las concesiones demaniales, aunque no es de ejercicio libre por la Administración y acepta la distinción señalada por MARTÍN MATEO entre precariedad de primer grado (conlleva indemnización) y de segundo grado (no da lugar a indemnización).

(34) Por eso precisamente GONZALO RODRÍGUEZ (cit., pág. 376) para salvar el escollo califica estos casos como autorizaciones.

(35) Así, la S.T.S. de 13 de octubre de 1964, la de 4 de noviembre de 1980 (que señala que un uso privativo del dominio público sólo es posible mediante concesión), la de 17 de octubre de 1980 y la de 31 de octubre de 1981 (si bien ésta señala además la existencia de otros posibles criterios). Este es también el criterio de la legislación sectorial más reciente: el artículo 15 del Reglamento de Costas de 23 de mayo de 1980 define la concesión y la autorización, poniendo el acento en la clase de uso que una y otra confieren al particular; y las definiciones contenidas en el artículo 4 de la Ley de Cultivos Marinos de 25 de junio de 1984 pueden incluirse en el mismo tipo, aunque en la autorización vuelve a acudirse al dato de la cláusula de precario.

la colocación de quioscos en la vía pública), pero que sigue siendo un uso común, que no excluye el uso simultáneo por otros. Este carácter exclusivo y excluyente del uso privativo es lo que caracteriza a la concesión, y es asimismo lo que da a esta figura las dos notas, inmediatividad y exclusividad, y eficacia *erga omnes*, típicas de los derechos reales y que, en definitiva, justifican dogmáticamente la inscripción registral de las concesiones. Todo el problema radica, en definitiva, en indagar qué clase de uso del demanio confiere el acto administrativo concreto: si es un uso privativo, exclusivo y excluyente, oponible a todos (incluso a la Administración concedente en cuanto subsista la concesión), estaremos en presencia de una auténtica concesión demanial inscribible.

III. LA TRANSMISIÓN DE CONCESIONES: PLANTEAMIENTO GENERAL

Partimos del siguiente dato, suministrado a diario por la realidad práctica, reflejada perfectamente en nuestros protocolos: las concesiones, pese a su origen y naturaleza típicamente administrativos, son objeto a diario del tráfico jurídico privado; del tráfico civil ordinario, en forma análoga a cualesquiera otros bienes. Las concesiones se venden y compran, se arriendan, se aportan a sociedades anónimas, se heredan y se constituyen sobre ellas garantías hipotecarias. Este dato de la vida práctica basta y sobra para justificar la transmisibilidad de las concesiones, haciendo innecesario el recurrir a justificaciones dogmáticas.

Si desde este plano, puramente fenomenológico, intentamos remontarnos a estratos más técnicos, parece imprescindible examinar, siquiera sea en la epidermis, la regulación que el Derecho positivo vigente ofrece al respecto, con carácter previo y condicionante. Ninguna construcción teórica puede ser aceptable, si no ofrece sólidos apoyos de Derecho positivo. El examen de esta regulación, dispersa y farragosa, puede resultar prolijo y enfadoso; pero es de todo punto necesario a fin de evitar especulaciones irreales y suministrar criterios efectivos a la hora de aplicar e interpretar las normas jurídicas, único objetivo en último término de toda reflexión doctrinal.

Un panorama normativo, por tanto, en orden a la transmisión en general de concesiones administrativas, realizado sin pretensio-

nes de exhaustividad y a efectos orientadores, podría ser el siguiente:

Con alguna excepción individual y aislada (como la de la Ley de Pesca fluvial de 20 de febrero de 1942, arts. 43 y 44, que prohíbe la transmisión por cualquier concepto de las concesiones a Sociedades Deportivas y Sindicales en la misma reguladas), podemos sentar la afirmación básica de que en nuestro Derecho la concesión administrativa es siempre, tanto la de dominio como la de servicio, básicamente transmisible a tercero; lo que se desprende claramente, tanto de la legislación de carácter general como de la de tipo sectorial, reguladora de tipos concretos de servicios o bienes.

Por lo que a las concesiones de servicio respecta, la normativa básica así lo proclama. El Reglamento de servicios de las Corporaciones locales de 17 de junio de 1955 (RSCL), en su artículo 128-1, al enumerar las obligaciones del concesionario, incluye (n.º 5) la de ejercer por sí la concesión y no cederla o traspasarla a tercero sin la anuencia de la Corporación, que sólo podrá darse cumpliéndose los requisitos del art. 52 del Reglamento de Contratación. La Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 (modificada por la de 17 de marzo de 1973) (LCE), en su art. 81, admite la transmisión de la concesión de servicio, si bien previa aprobación de la autoridad concedente, y siempre que hayan transcurrido cinco años, precepto reiterado por el art. 234 del Reglamento de dicha ley de 25 de noviembre de 1975 (RGC). Por último, el art. 66 de la Ley general de obras públicas de 13 de abril de 1877 (LOP) impone la necesidad de autorización del Ministerio de Fomento para la transmisión de las concesiones de servicio.

Desgraciadamente, las concesiones demaniales carecen en este punto (como en tantos otros) de una regulación propia de carácter general. Tanto la Ley del Patrimonio del Estado como el Reglamento de Bienes de las Corporaciones locales guardan silencio al respecto. Como precepto básico, hay que recurrir al art. 103 de la LOP, que proclama la libre transmisibilidad de estas concesiones, sin más requisito que la notificación posterior de la transmisión ya verificada a la Administración concedente.

Estas normas deben ser, pues, completadas con las contenidas en la llamada legislación sectorial. No sólo en el terreno del dominio público, dada la parvedad legislativa allí existente, sino también en el del servicio; como ha sido resaltado por la doctrina (36),

(36) Por ejemplo, J. SALAS, *op. cit.*, pág. 78.

pese a las pretensiones en la LCE (cfr. su art. 62), la legislación sectorial prevalece frente a la general en caso de discrepancia entre ambas, teniendo por ello extraordinario valor en lo que a nosotros ahora interesa.

La Ley general de Ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877 (LF) permite al concesionario transferir sus derechos, previa autorización del Ministerio de Fomento (art. 21); la complementaria Ley de Ferrocarriles secundarios y estratégicos de 26 de marzo de 1908 (modificada por la de 23 de febrero de 1912) (LFS), en su art. 3, exige autorización del Gobierno para la transmisión de concesiones. En cuanto a los teleféricos, antes incluidos en el radio de acción de esta ley, su Ley específica vigente, de 29 de abril de 1964 (LTel.), en su art. 19, señala que las concesiones no podrán ser transferidas sin previa autorización de la Administración. El Reglamento de esta ley, de 10 de marzo de 1966 (RTel.), art. 25, completa y precisa la norma legal: impone que la escritura pública formalizadora de la transmisión se otorgue en el plazo de seis meses desde la autorización y precisa que «no tendrá validez legal ninguna transferencia que se realice sin la oportuna autorización de la Administración».

El art. 38 del Reglamento de Almadrabas de 4 de julio de 1924 (RALm.) preceptúa que la concesión, con todos los derechos y obligaciones inherentes a ella, podrá transferirse por el concesionario a otra persona mediante autorización del Ministerio de Marina. El art. 10 de la Ley de Trolebuses de 5 de octubre de 1940 (LT) exige a su vez autorización de la entidad que otorgó la concesión, refrendada por el Ministerio de Obras Públicas. También el art. 12 de la Ley de Transportes por Carretera de 27 de diciembre de 1947 (LTC) señala la necesidad de autorización previa de la D. G. de Ferrocarriles, tranvías y transportes por carretera para la transmisión de la concesión, lo que es reiterado por el art. 21 de su Reglamento de 9 de diciembre de 1949 (RTC).

La Ley de Autopistas en régimen de concesión de 10 de mayo de 1972 (LAut.), art. 31, ordena que la cesión a tercero de la concesión necesita previo consentimiento del Gobierno; en idénticos términos, el art. 105 del Pliego de condiciones de 25 de enero de 1973. Por su parte, el art. 14 del Reglamento general del servicio de gas de 26 de octubre de 1973 permite al concesionario transferir la concesión previa autorización del Ministerio de Industria, remitiéndose al art. 81 de la LCE. Sabido es que la Ley de Minas de

21 de julio de 1973 (LMin.), arts. 94 y ss., y su Reglamento de 25 de agosto de 1978 (RMin.), arts. 119 y ss., contienen una detallada regulación de la transferencia de concesiones y otros derechos mineros, imponiendo asimismo la necesidad de autorización administrativa. En el mismo sentido, la Ley de Hidrocarburos de 27 de junio de 1974 (art. 10) y su Reglamento de 30 de julio de 1976 (art. 10).

Las normas sectoriales más recientes se orientan en el mismo sentido: El art. 30 del Reglamento para el suministro y venta de carburantes y combustibles líquidos de 10 de abril de 1980 (gasolineras) permite la transmisión de la concesión con autorización previa de la Delegación del Gobierno en CAMPSA (en forma idéntica al anterior Reglamento de 5 de marzo de 1970). En el sector de la radiodifusión, declarado servicio público esencial por la Ley de 10 de enero de 1980 (art. 1.º) y por tanto configuradas hoy como auténticas concesiones lo que tradicionalmente sólo eran autorizaciones, todas las normas (O.M. de 10 de noviembre de 1978, R.D. de 8 de junio de 1979 y el fundamental R.D. de 18 de diciembre de 1981) exigen asimismo la correspondiente autorización. Y para cerrar este rápido muestreo legislativo, cabe citar, como norma más reciente, el art. 17 de la Ley de cultivos marinos de 25 de junio de 1984, a cuyo tenor «la transmisión, cesión o gravamen de concesiones... requerirá la previa autorización del organismo que otorgó aquéllas».

Puede condensarse el sistema adoptado por nuestro Derecho positivo en orden a la transmisión de concesiones en la siguiente forma: con aisladas excepciones, toda concesión administrativa es, en principio transmisible. En tanto la concesión implica un derecho a favor del particular concesionario, este derecho ingresa en su patrimonio y es susceptible, como elemento patrimonial, de tráfico jurídico civil. Ahora bien, el interés público presente en la concesión impone restricciones a esta transmisibilidad, restricciones que pueden adoptar una doble modalidad: sujeción a autorización administrativa previa de la transmisión (todas las concesiones de servicio y algunas demaniales) o necesidad de notificar a la Administración la transmisión verificada (restantes concesiones demaniales). La adopción de una u otra modalidad de limitación viene designada por el Derecho positivo atendiendo a la mayor o menor fuerza con que el interés público se presente, según el tipo de concesión de que se trate.

La aceptación de este criterio básico, transmisibilidad restringida de las concesiones, que, con unos u otros matices, señalándolo así expresamente o dándolo por supuesto, es acogido por toda la doctrina que en alguna forma se ha ocupado del tema (37), ha tenido que vencer diversos escrúpulos. Algunos de carácter histórico. Como resalta el importante Dictamen del C. de E. de 4 de febrero de 1965, inicialmente, y como residuo de la vieja concepción regaliana de la concesión, se dio en nuestro Derecho una tendencia contraria a permitir la transferencia de las concesiones; la concesión supone una transferencia al particular de un poder, de una potestad pública, intransmisible; su transferencia vulneraría las prerrogativas de la Administración. Cita este Dictamen abundante jurisprudencia de conflictos del s. XIX, de la que se desprende claramente la posición contraria a permitir la transmisión de concesiones.

Han jugado también al respecto ciertos prejuicios de orden dogmático, en concreto la construcción que a principios de siglo formula la doctrina italiana y, sobre todo, alemana (38) de la relación jurídico-administrativa. Para esta doctrina, la relación jurídico-administrativa es, salvo excepciones, como la relación *propter rem*, intransmisible: no cabe sustituir por otra la persona del administrado. Ello llevaba a la proclamación de la intransmisibilidad de la concesión, que en definitiva no es más que una relación jurídico-administrativa bilateral.

De otra parte, la adopción del criterio contractual para calificar la naturaleza jurídica de la concesión, criterio mayoritario en nuestra doctrina al menos para la concesión de servicio, conlleva fatalmente la pretendida aplicación a las concesiones de ciertos preceptos civiles (los arts. 1091, 1257, 1205 y otros del CC) que obstaculizan la libre transmisión de concesiones. Pero quizá el obstáculo más serio a la transmisibilidad de la concesión haya sido la calificación tradicionalmente dada a la misma de acto *intuitu personae*: para dictar la concesión, es fundamental para la Admi-

(37) FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Teoría jurídica de las concesiones administrativas*, 1918, pág. 92; VILLAR PALASÍ, voz *Concesiones*, cit., pág. 731; ALBI, *Tratado de los modos de gestión*, cit., pág. 603; MARTÍN OVIEDO, cit., pág. 312; LÓPEZ PELLICER, SÁNCHEZ DÍAZ, *La concesión administrativa en la esfera local*, 1976, págs. 147 y 332; DOMÍNGUEZ-BERRUETA, *El incumplimiento*, cit., pág. 45; E. ARIMANY, *La reversión de instalaciones de servicio público*, 1981, pág. 105; prescindiéndose en este momento de autores que tratan algún tipo específico de concesión.

(38) Cfr. ad ex., OTTO MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, 3.^a ed., 1924, págs. 244 y ss.; FLEINER, *Instituciones de Derecho Administrativo*, traducción española, 1933, págs. 123 y ss.

nistración la consideración de las cualidades personales del concesionario (solvencia económica, cualificaciones técnicas, etc.). El permitir la transmisión de la concesión implica una flagrante vulneración de este capital principio de la dogmática de las concesiones administrativas.

Este fundamental rasgo, el carácter *intuitu personae* de las concesiones ha sido repetidamente proclamado por la jurisprudencia. La S.T.S. de 28 de octubre de 1966, relativa a una concesión de transporte por carretera, así lo afirma, en base al artículo 22 del RTC; también otra, sobre el mismo tipo de concesión, de 15 de junio de 1977. Por su parte, el C. de E. ha proclamado el mismo principio en repetidas ocasiones: para el Dict. de 12 de mayo de 1948, en cuanto función que se confía al particular para la realización de una obra de interés general, implica la concesión una colaboración de un particular con la Administración, que la otorga *intuitu personae*; en el mismo sentido, el Dict. de 14 de julio de 1965 para las concesiones de servicio, así como el muy importante de 30 de abril de 1981. Para este último, entre los principios propios de la concesión de servicios públicos que hoy recoge la LCE está el principio del carácter personalísimo del contrato, que impone que la gestión del servicio la asuma personalmente el adjudicatario; si bien, tras ello, afirma el Dict. que la regla general es la posibilidad de transferir la concesión y las excepciones han de interpretarse restrictivamente.

Esta condición *intuitu personae* se predica asimismo de la concesión demanial, y no sólo de la de servicio. Pese a que aquí la cualificación personal del concesionario tiene un menor peso, la S.T.S. de 21 de febrero de 1976 (recogiendo doctrina de otra anterior, de 23 de marzo de 1972), pone de relieve cómo en la concesión de dominio se da una valoración de criterios, entre los que son importantes las circunstancias personales del concesionario (concesión *intuitu personae*), por lo que es perfectamente admisible que, en el clausulado del pliego concesional, la Administración incluya limitaciones convencionales a la transmisibilidad de la concesión.

Ninguna de las citadas alegaciones han sido bastante para impedir llegar a la regla de la transmisibilidad antes expuesta. Los obstáculos históricos apuntados fueron limpiamente superados, como se expone por el propio Dictamen del C. de E., al transformarse el concepto de concesión debido al progresivo perfecciona-

miento institucional del Estado de Derecho y del régimen administrativo. La concesión no es ya concebida como una «cesión de poder», de prerrogativas, sino como una cesión de función, de gestión de bienes o de servicios; la soberanía estatal deja de estar implicada en el tema, con lo que queda expedito el camino para la patrimonialización de la misma concesión.

Tampoco ha sido acogida en nuestra doctrina la teoría de la relación jurídico-administrativa tal y como fue expuesta por la clásica doctrina alemana (39). Dentro de la escasez de tratamiento doctrinal que nuestros autores ofrecen en orden a esta categoría (40), la nota de la intransmisibilidad esencial de la relación administrativa no aparece como destacada, ni tiene un especial apoyo en nuestro Derecho positivo. Y, en cuanto al carácter *intuitu personae*, es necesario señalar: a) Que, como ha puesto de relieve MARTÍN OVIEDO (41), se trata de algo que no pertenece a la esencia dogmática de la concesión, sino que constituye una condición sustancial que se impone por el Derecho positivo en algunas de sus modalidades; b) Que, incluso aceptándolo, no debe conducirnos a negar la transmisibilidad de la concesión, sino a lo sumo a exigir para la eficacia de la misma autorización de la Administración concedente, que es justamente el resultado a que llega nuestra legislación.

Admitida en términos generales la transmisibilidad de todas las concesiones, procede acudir a la clásica bipartición antes ofrecida de las mismas: concesiones de dominio y concesiones de servicio; distinción fundamental a la hora de estudiar el régimen jurídico vigente en la transmisión de concesiones, y de la que parte al respecto la doctrina, así como la jurisprudencia (42). Aceptando en tesis de principio, por las razones apuntadas, que la transmisión de toda concesión debe ser restringida o limitada en alguna forma, en atención a que junto al interés patrimonial del concesionario está presente un interés general causado por el objeto del derecho que se transmite (uso del dominio o explotación del servicio públicos), esa restricción reviste una doble forma, según sea de intensa la presencia de ese interés general.

(39) VILLAR PALASÍ (voz *Concesiones*, cit., pág. 732) que alude a ella, no la suscribe íntegramente.

(40) Destacada excepción, GARCÍA-TREVIJANO, *Tratado de Derecho Administrativo*, I, 2.ª ed., 1968, págs. 494 y ss.

(41) Op. cit., pág. 308.

(42) Cfr. el Dict. C.E. de 9 de julio de 1954 y, tras sus huellas, MARTÍN OVIEDO, cit., pág. 311.

En el ámbito del dominio público priva el interés particular del concesionario, y el interés público sólo tiene una eficacia refleja; ello conduce a la libre transmisión de la concesión, en forma análoga a cualquier otro elemento del patrimonio del particular. A la Administración compete sólo una mera facultad de homologación *ex post*; una vez notificada la transmisión, registrarla y verificarla, para aceptar al adquirente como parte en la relación concesional, como concesionario (Dicts. C. de E. de 9 de julio de 1954 y 9 de octubre de 1975). Tal es el significado del art. 103 de la LOP, que vendría a ser el corolario positivo de este principio doctrinal.

Por el contrario, en el mundo del servicio público, el interés general presenta un perfil más acusado y debe tener un juego superior al puramente privado del concesionario; por encima del carácter patrimonial está el dato esencial de la adecuada y certera gestión de un servicio público. La Administración debe aquí actuar no ya con simples facultades de homologación *ex post*, sino de control *ex ante*: la cualidad personal del concesionario es decisiva, y en manos de la Administración, discrecionalmente, debe quedar el conceder o denegar al presunto adquirente la básica condición de concesionario, de «parte en la relación concesional» (43). Tal vendría a significar en nuestro Derecho el art. 66 de la LOP, así como los 81 LCE y 128 RSCL.

Una última precisión es imprescindible realizar, aun considerando acertada la distinción, que aquí vamos a seguir. Me refiero al fenómeno, puesto ya de relieve hace años por VILLAR PALASÍ (44) de la crisis y en general de la debilitación de la antigua profunda diferenciación entre las concesiones demaniales y las de servicio, como categorías dogmáticas. Se produce el hecho, fácilmente detectable, de la atracción del régimen de las concesiones demaniales por el propio de las concesiones de servicio, en muchos aspectos, y en cuanto aquí importa, en el de su transmisión. Piénsese, como ejemplo destacado, en la concesión minera, prototipo de concesión demanial. Desde su surgimiento, y a lo largo de toda la legislación del siglo XIX, su libre transmisión era absoluta, sin ningún condicionante; la regulación de la LMin. vigente (ya antes la de 1944) cambió el perfil de esta figura jurídica, que parece ya en muchos aspectos una concesión de servicio, de ejercicio obligatorio, muy

(43) El juego de este control de la Administración a la hora de la atribución de la condición de parte en la relación concesional, en VILLAR PALASÍ, cit., pág. 732.

(44) Cfr. voz *Concesiones administrativas*, cit. pág. 701.

alejada de las clásicas concesiones de dominio. En cuanto a las concesiones de aguas, conocido es el proceso a través del cual muchas de ellas (saltos a pie de presa, desde 1924; aguas para fines industriales, desde 1927, etc.) han pasado a ser verdaderas concesiones de servicios; y la inminente reforma de nuestro Derecho general de aguas parece orientarse en esta misma dirección. Lo mismo puede decirse de las más recientes concesiones portuarias (art. 12 del Reglamento de Puertos Deportivos de 26 de septiembre de 1980), donde el aspecto de servicio tiene una clara primacía sobre el demanial. O de las concesiones de autopistas (45), concesiones demaniales que en gran medida se acogen a la normativa propia de las concesiones de servicio. Esta circunstancia hace que, en lo tocante a la transmisión de concesiones de dominio, la regla básica enunciada de la libre transmisión con simple notificación posterior se halle cada vez más en crisis y tenga cada día un campo de aplicación menor; lo que resulta de una excepcional importancia en la materia objeto de nuestro estudio en la que es hora ya de introducirse.

IV. TRANSMISIÓN «INTER VIVOS»

A) Concesiones de servicio

Por su escaso interés notarial, y por haber sido interpretado en forma flexible por la jurisprudencia (cfr., p. ej., Dict. C.E. de 8 de junio de 1961 y 14 de julio de 1965), prescindiremos aquí del plazo de cinco años que marca el art. 81 LCE y reiteran algunas normas sectoriales, como el art. 21 RTC y el art. 25 RTel. Con ello restan las dos siguientes notas como específicas de los negocios jurídicos traslativos *inter vivos* cuyo objeto sea una concesión administrativa de servicio: necesidad de que la transmisión se formalice en escritura pública y exigencia de autorización administrativa.

La escritura pública viene impuesta como forma del negocio por el art. 81 LCE y el 234 RGC. Para las concesiones de las Corporaciones locales, el juego de la remisión del art. 128 RSCL al 52 del Reglamento de Contratación impone la misma conclusión. Por

(45) La naturaleza de la concesión de autopistas puede ser discutida, pero entendemos que GÓMEZ-FERRER (*En torno a la Ley de Autopistas de Peaje*, núm. 68 de esta REVISTA, 1972, págs. 325 y ss., esp. pág. 331) ha demostrado claramente que estamos ante una concesión mixta, de obra y dominio, contra lo que a primera vista puede parecer.

último, algunos preceptos específicos contienen idéntica exigencia: art. 25 RTel., art. 105 Pliego de condiciones de Autopistas, etc.

El otorgamiento de la escritura no presenta, por otra parte, peculiaridades estimables, si exceptuamos la conveniencia de incluir la cláusula de sujeción por parte del adquirente al pliego concesional, y la asunción del mismo de todas las obligaciones y derechos de su transmitente derivados de la concesión. Por lo demás, la escritura se adaptará a las reglas generales del negocio básico civil, cumpliendo los requisitos ordinarios del Derecho civil o mercantil sustantivo y del Derecho notarial. El tema destacable en este punto no es sino el de la eficacia de la escritura en relación con el negocio jurídico en ella formalizado.

En mi opinión, concidente en esto con la de la mayor parte de la doctrina (46), nos encontramos ante un supuesto de forma *ad solemnitatem*, forma *ad substantiam*, o, como prefiere decir la doctrina notarialista, «forma de ser», por contraposición a las denominadas formas «de valer» (47). Con lo que, en definitiva, se quiere decir que los efectos del otorgamiento de escritura no son los ordinarios en nuestro sistema de formas de los negocios jurídicos, en una palabra, los derivados de los arts. 1278-1280 CC; sino antes bien, la escritura es un requisito de validez del negocio. Sin escritura, no hay transmisión válida de la concesión. Es, en definitiva, algo parecido a los supuestos de forma sustancial que, por excepción al sistema general, conoce nuestro Derecho privado: capitulaciones matrimoniales, donaciones de bienes inmuebles, etc.

Esta opinión no se apoya simplemente en una inercia doctrinal, sino que tiene su fundamento en la adecuada interpretación de la *Ratio* de la norma legal, que no es sino rodear a la transmisión de las concesiones de las mayores garantías posibles. No puede responder la norma, en efecto, a un simple deseo de reiterar lo dispuesto en el art. 1280 CC, ya que, con arreglo al art. 336 del Código, las concesiones de servicio, al menos las concesiones puras de servicio, son consideradas como bienes muebles; tiene por eso que hallarse otra explicación a este requisito legal.

(46) Cfr., en este sentido, por todos, VILLAR PALASÍ, *Lecciones sobre contratación administrativa*, 1969, pág. 137.

(47) La distinción entre formas de ser y formas de valer, en GONZÁLEZ PALOMINO, «Negocio jurídico y documento», Conferencia pronunciada el 3 de junio de 1950 en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia y ahora recogida en sus *Estudios jurídicos de arte menor*, III, 1976, págs. 90 y ss.

La fundamental noción de «parte» en la relación concesional y la naturaleza *intuitu personae* de la concesión de servicio imponen la adopción de especiales cautelas a la hora de permitir una alteración en esa cualidad de concesionario. Y a tal efecto, además de un control administrativo (autorización) se ha acudido al control notarial (escritura). Para que este segundo control sea eficaz, se impone dotar a la escritura de esta fuerza especial que es la forma de ser; si quedara reducida al mecanismo ordinario civil, no se alcanza qué finalidad podría tener la exigencia de escritura pública.

Más enjundia tiene el segundo dato fundamental en esta clase de transmisiones: la autorización de la Administración necesaria para la plena eficacia del contrato privado, que se impone como requisito básico en toda la normativa concesional que antes citamos. Considerando ahora que el fundamento y razón de ser de la misma en materia concesional, derivados de la íntima esencia de la concesión han quedado suficientemente explicitados con anterioridad, se hace preciso en este momento tratar con separación los distintos problemas que dicha autorización plantea; problemas que en el usual tratamiento de la materia aparecen a menudo involucrados y entremezclados, con la consiguiente pérdida de perspectiva para su adecuada resolución.

1. Cuando aludimos a autorización administrativa necesaria para la eficacia de la transmisión de una concesión, estamos empleando la palabra *autorización* en el sentido estricto y técnico que tiene dentro de la teoría general de los actos administrativos. Se trata de un acto administrativo habilitante, por el que deviene lícita una actividad del particular que sin ella estaría en principio prohibida. Aquí la vieja noción de autorización acuñada por la doctrina clásica, autorización como acto que remueve unos límites existentes, pero que no crea derecho propio en favor del particular, conserva toda su vigencia. La facultad de disponer de la concesión es de derecho privado, y surge en cuanto ésta pertenece al patrimonio particular del concesionario, y, como tal elemento patrimonial, es disponible. Mediante la autorización el *ius disponendi* del particular recobra toda su potencial fuerza, y a través de aquélla alcanza plena virtualidad.

Nuestro Derecho ofrece, por otra parte, numerosos ejemplos de negocios jurídicos privados sujetos a autorizaciones administrativas; basta recordar el ámbito del Derecho urbanístico, o del Derecho de inversiones extranjeras. No debe pensarse, sin embargo,

en trasplantar inconscientemente las soluciones obtenidas por la doctrina en estos otros campos al que ahora estudiamos. En los casos citados, y en otros que asimismo pudieran citarse, la intervención de la Administración es algo extraño, algo añadido al negocio civil, que lo rodea, pero que no penetra en él. En estos casos, sujetos, objeto y causa del negocio permanecen en el ámbito privado, y a ellos se superpone, como un *plus*, la autorización. Jean RIVERO hablaba gráficamente de un *encerclément* del acto jurídico privado, para poner de relieve esta idea, la yuxtaposición de dos elementos en principio diferentes, acto civil y autorización administrativa.

Pese a que una teoría general de la eficacia de las autorizaciones administrativas necesarias en los negocios jurídicos privados está por hacer, el caso presente ofrece al menos la importante particularidad de que, en él, el elemento jurídico-público no permanece fuera del negocio civil, sino que se inviscera en él: nada menos que un elemento esencial del negocio, el objeto, tiene naturaleza jurídico-administrativa: y sea cual sea su trascendencia patrimonial, no debe olvidarse que en último término se trata de un haz de derechos y deberes, derivados de la concesión, y cuya contraparte es la Administración. Aquí la autorización no permanece al margen del negocio civil, sino que es algo consustancial al mismo y provocado por la propia íntima esencia de éste. Por ello su eficacia tiene que ser muy superior a esos otros supuestos citados, y por ello no es admisible que, en una torpe mimesis, se intentara tomar a préstamo soluciones obtenidas con base a supuestos de hecho muy diferentes.

Dos importantes precisiones son inexcusables. Primero, que, como toda la doctrina señala (48), esta autorización tiene carácter discrecional, no reglado. La Administración ejerce un control, no simplemente de legalidad, sino también de oportunidad; no se trata de indagar simplemente si el adquirente tiene la capacidad jurídico-administrativa mínima necesaria para ser concesionario, sino otra serie de circunstancias de naturaleza no jurídica, sino técnica, económica o simplemente de pura oportunidad. Esta autorización es puramente discrecional, con todas las consecuencias que esta calificación comporta, en especial las de su fiscalización jurisdiccional

(48) La afirmación puede encontrarse ya en el clásico trabajo de FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Teoría jurídica...*, cit., pág. 92, que cita en su apoyo la S.T.S. de 26 de abril de 1912.

en la vía contencioso-administrativa, que no es éste el momento de reiterar.

Y, en segundo lugar, debe aclararse que los extremos sobre los que ese control que mediante la autorización realiza la Administración quedan circunscritos al ámbito puramente administrativo, esencialmente a la personalidad y circunstancias del adquirente; pero no puede invadir los aspectos estrictamente civiles del negocio traslativo que se pretende realizar. Como ya estableció la S.T.S., sala 4.ª, de 14 de abril de 1959, la actividad de la Administración al autorizar no puede extenderse a los requisitos propios y a la eficacia civil del acto proyectado: los problemas de capacidad del transmitente, de vicios del consentimiento, de omisión de formalidades *civiles* del negocio básico, quedan exentos de control administrativo. Pretender otra cosa supondría, simplemente, aniquilar toda noción de contrato privado en este terreno: los controles de este aspecto del acto son el notarial y, en último término, el judicial, entendiéndose por éste la jurisdicción ordinaria.

2. Un tradicional problema que debe aquí abordarse es el relativo al *momento* en que la autorización debe obtenerse. ¿Debe ser necesariamente previa al negocio traslativo, o cabe que sea *ex post*? La cuestión aparece inexorablemente ligada a la relativa a la eficacia civil del acto celebrado sin autorización, que poco después examinaremos; por ello, en definitiva, nos remitimos a ese momento, para justificar totalmente la postura adoptada en favor de la necesidad de que la autorización tenga carácter previo y de la improcedencia de la autorización a *posteriori*.

La jurisprudencia recaída sobre este extremo no es unánime, pudiéndose citar sentencias favorables a la viabilidad de esta autorización posterior. Así, la S.T.S. de 3 de junio de 1949, sala 1.ª, en un caso de compraventa de concesión de transporte por carretera, parece admitir la posibilidad de que la Administración apruebe o convalide la transmisión verificada sin autorización. Del mismo modo, pueden citarse en esta línea la S.T.S., civil, de 26 de mayo de 1964 (relativa a concesión de radioemisora) y otra, también de la sala 1.ª, de 26 de abril de 1967, que expresamente se remite a la anterior.

Mi opinión es justamente la contraria. Aparte de por lo que más adelante se dirá, por lo siguiente: ante todo, la propia noción de autorización exige que lo autorizado sea una actividad futura, algo a realizar, y no un acto ya perfecto. En puridad de principios

lógicos, no puede pedirse autorización para efectuar un negocio jurídico... que ya se ha efectuado; la *contradictio in terminis* es palmaria. Ello nos enfrentaría a una aprobación, una convalidación o cualquier otra figura, menos la autorización. De otro lado, si tenemos presente la naturaleza y finalidad de esta autorización, repugna admitir que la transmisión de la concesión se haya producido antes de ella. Si de lo que se trata es de controlar la figura del concesionario, no puede pretenderse seriamente que esto se verifique cuando ya esa sustitución en la persona del concesionario se ha realizado. En cuanto al problema de qué eficacia tiene esta pseudoautorización lograda con posterioridad al negocio privado traslativo, será aludido más adelante.

3. La piedra de toque decisiva para detectar y radiografiar la verdadera esencia de la autorización administrativa de la transmisión no es otra que la de la eficacia del negocio jurídico privado de transmisión celebrado sin obtenerse previamente la pertinente autorización. ¿Qué consecuencias produce en el orden jurídico? ¿Qué sanción le corresponde en los órdenes civil y administrativo? ¿Cuál es, en definitiva, la posición jurídica en que quedan las tres partes —transmitente, adquirente y Administración pública— afectadas?

Hay un punto en que parece existir acuerdo doctrinal y jurisprudencial: la transmisión verificada sin autorización origina la caducidad de la concesión. En la jurisprudencia del Consejo de Estado la opinión es unánime: el Dict. de 8 de julio de 1965, relativo a una concesión ferroviaria, señala claramente que la consecuencia de la transmisión no autorizada es la caducidad de la concesión y la pérdida de la fianza. El de 14 de julio de 1965 (concesión de transporte por carretera) contiene análoga doctrina. Y en parecidos términos se mueve el T.S., pudiéndose citar al efecto la S. de 28 de octubre de 1966, también recayente sobre un caso de concesión de transportes. En todos los casos el argumento manejado es el mismo: la concesión de servicio tiene naturaleza *intuitu personae*, por lo que la prestación del servicio por alguien distinto del concesionario, sin consentimiento del concedente, conlleva la caducidad de la concesión. La afirmación de que en el caso que estudiamos procede la caducidad de la concesión es, por otra parte, usual tam-

bién en la doctrina (49) e incluso aparece recogida en determinadas normas sectoriales; art. 25 del RTel., art. 39 Reglamento de gasolineras, art. 5 del R.D. 18 de diciembre de 1981 sobre radioemisoras, etc.

La anterior conclusión, que nadie discute, no agota sin embargo la dificultad del presente tema. Indudablemente, se produce la caducidad, que supone la extinción de la concesión; pero no olvidemos que esta extinción no es automática, no opera *ipso ure*. Es necesario un acto administrativo expreso, que será dictado tras el correspondiente procedimiento administrativo *ad hoc* y que, obviamente, será recurrible en vía contenciosa; sólo mediante dicho acto, firme, se considerará extinguida, por caducidad, la concesión, con las consecuencias indemnizatorias que procedan (50) y que no es éste el momento de examinar.

Si, por tanto, la caducidad es formalmente declarada, el problema desaparece. La concesión se extingue, y, en su caso, transmitente y adquirente discutirán a quién corresponde en definitiva la percepción de la indemnización que proceda (que en este caso estimo no procederá ninguna) y el destino de los bienes afectos a la concesión no sujetos a reversión. Pero no debe olvidarse que la caducidad puede tardar tiempo, a veces mucho, en ser declarada, e incluso no llegar a serlo nunca. Mientras tanto, la relación jurídica concesional sigue subsistiendo y aquí, pues, recobra todo su sentido la pregunta antes formulada, la eficacia del acto civil celebrado sin autorización, y la situación jurídica de las partes.

La legislación positiva no suele aludir al problema, y cuando lo hace es evidente que no puede darse a las expresiones que utiliza un sentido técnico jurídico. Cuando el art. 25 del RTel., por ejemplo, dice que «no tendrá *validez legal* ninguna transferencia que se realice sin la oportuna autorización de la Administración», es

(49) VILLAR PALASÍ, voz *Concesiones*, cit., pág. 734; también, DOMÍNGUEZ-BERRUETA, *El incumplimiento...*, cit., pág. 455; la cuestión, en la doctrina, es totalmente pacífica.

(50) No es totalmente clara la doctrina administrativa de la caducidad de las concesiones. Debemos remitirnos a los trabajos existentes al respecto, entre los que destacan: GARRIDO FALLA, *Efectos económicos de la caducidad de las concesiones de servicios*, núm. 45 de esta REVISTA (1964), págs. 231 y ss.; ARIMANY, *La reversión...*, cit., págs. 39 y ss., con amplio bagaje jurisprudencial. En este momento bastará con precisar que la caducidad supone la extinción anticipada de la concesión por incumplimiento del concesionario, sea éste incumplimiento imputable o no al concesionario (la S.T.S. 26 de enero de 1974 concreta el diferente alcance indemnizatorio de uno y otro caso); en el caso que nos ocupa, la doctrina incluye el mismo en el primer grupo, incumplimiento culpable que determina la pérdida de la fianza.

difícil deducir de ello cuál es la calificación civil precisa de ese negocio jurídico. El art. 21 del RTC utiliza la expresión «nulidad», pero también es evidente que en un sentido general y difuso, que no puede ser tomado al pie de la letra. Y en otras ocasiones, la imprecisión legislativa llega a extremos impensables: el Decreto de 22 de mayo de 1953 (hoy, por otra parte, derogado) imponía la necesidad de autorización del Ministerio de Información y Turismo para la transmisión de concesiones de radioemisoras, añadiendo literalmente: «serán consideradas nulas las transmisiones realizadas sin estos requisitos»; pues bien, poco después, por Ordenes ministeriales de 4 de septiembre de 1954 y 13 de marzo de 1956 fue creado un procedimiento de convalidación de las transferencias realizadas sin autorización, obteniéndose ésta *a posteriori*. No es aventurado asegurar que no puede obtenerse ninguna conclusión segura en orden al presente tema derivada de la pura exégesis de estos textos positivos.

En cuanto a la jurisprudencia, se manifiesta con ciertas vacilaciones. En la doctrina del C. de E. es frecuente hallar expresiones en favor de la nulidad del negocio privado: el Dict. de 14 de julio de 1965, ya citado, califica a la transferencia realizada sin autorización de «nula ante la Administración e *inter partes*»; y, asimismo, el de 8 de julio de 1965, también citado, indica que tal transmisión, la ausencia de autorización administrativa, vicia de invalidez el acto traslativo, por privarle de un elemento esencial. También en este mismo sentido puede citarse algún fallo aislado del T.S., como la S. de 25 de noviembre de 1977 (civil).

La posición dominante, sin embargo, en el terreno jurisprudencial, es la contraria. Ya quedó citada la S.T.S. de 3 de junio de 1949, que proclamó que la compraventa de concesión de transporte es un contrato civil, plenamente válido y eficaz, sin que ello prejuzgue lo que pueda ocurrir cuando el adquirente pretenda después ejercer sus derechos frente a la Administración. La S. de 26 de mayo de 1964, también ya aludida, señala que la falta de autorización no afecta a la validez civil del contrato; este contrato sólo sería nulo si existiese un vicio insubsanable, y la autorización administrativa no tiene ese carácter. Otra, de 26 de abril de 1967, recoge íntegramente esta doctrina, remitiéndose expresamente a la anterior. En 5 de marzo de 1976, el T.S. (asimismo sala 1.ª) concluye que la aprobación del organismo público competente no pasa de ser un requisito complementario, que no afecta a la perfección,

sino en todo caso a la consumación del contrato. Por último, también puede hallarse algún Dict. del C.E. en la misma dirección, de separar en este terreno los niveles civil y administrativo del acto jurídico, para mantener simultáneamente la validez civil y la ineficacia administrativa del negocio sin autorización: tal, el de 8 de febrero de 1973.

Si tratamos ahora de profundizar en esta dirección, la primera depuración a realizar ha de ser sin duda la de rechazar precisamente esta última línea jurisprudencial. Nunca he entendido bien, en efecto, cómo un mismo acto puede a la vez ser calificado de válido (en el orden civil) y de ineficaz (en el orden administrativo). Si un acto jurídico reúne todos los requisitos que le son propios, debe producir su plenitud de efectos. Tampoco parece que quepa aquí hablar de validez entre partes y no respecto de la Administración, ya que el objeto del negocio jurídico es justamente una concesión, y de la relación concesional la Administración es parte, no tercero. La distinción entre efectos civiles y administrativos quizá, sólo quizá, pueda jugar en otro tipo de negocios jurídicos privados sujetos a autorización administrativa (urbanismo, inversiones extranjeras), pero nunca en este terreno, en el que la Administración no permanece extraña al negocio, sino que penetra en él.

Y no sólo existen argumentos de tipo doctrinal para negar beligerancia a la aquí criticada posición jurisprudencial, sino también militan en su contra consideraciones decisivas de carácter práctico. La concesión supone, en especial la de servicio, un haz de derechos y obligaciones recíprocos entre concesionario y Administración pública: ¿quién sería, en tal caso, concesionario? Parece evidente que, frente a la Administración, sólo el transmitente; pero, en todo lo demás, el adquirente; frente al usuario, p. ej., ¿quién está legitimado para contratar?, ¿quién responde subsidiariamente por el anormal funcionamiento del servicio?, ¿a quién es exigible responsabilidad por daños?, ¿quién puede pretender el beneficio de la expropiación? A todos estos interrogantes hay que seguir respondiendo lo mismo: siempre el transmitente, y sin que parezca que puede admitirse alguna posible repercusión de éste sobre el adquirente de tales efectos en base al contrato privado entre ambos celebrado sin autorización. La posición jurídica del adquirente, así, queda vacía y sin contenido práctico.

Una primera conclusión, pues, se impone: es indefendible la calificación de válido (aunque se añada después que «sólo en el

orden civil») del negocio jurídico privado celebrado sin autorización, y ello lleva a proclamarlo ineficaz. La dificultad comienza justamente ahora, cuando se intenta encuadrar esta peculiar ineficacia de esta clase de actos en las categorías al uso en la teoría general del negocio jurídico: nulidad, anulabilidad, rescisión, resolución...

Inicialmente, aunque sólo sea por vía de exclusión de las demás clases de ineficacia, la nulidad parece ser la categoría que mejor se adapta a estos negocios jurídicos. El razonamiento puede sintetizarse así: De acuerdo con el art. 6,3 CC, y ya antes con el art. 4, cabe predicar la nulidad de pleno derecho en general de los actos contrarios a la ley; es así que la ley ordena que para transmitir concesiones de servicio es necesaria autorización administrativa, *ergo* tales actos no autorizados, por hallarse en contradicción con una norma legal, tienen la calificación de nulos de pleno derecho.

Esta aparente simplicidad quiebra, sin embargo, si recordamos ahora la trabajosa elaboración que jurisprudencia y doctrina han hecho de la figura de la nulidad de pleno derecho. No puede predicarse indiscriminadamente de cualquier acto contrario a cualquier norma de cualidad de nulo; cualquier disconformidad del acto con cualquier ley o norma en general no puede acarrear la nulidad. BONET CORREA (51), que ha estudiado la cuestión con detenimiento, señala así que para la doctrina y el T.S. exigen que, para tratarse de nulidad, es preciso que la norma infringida sea una norma sustantiva, constitutiva de derechos, y no secundaria o circunstancial. Este autor, en definitiva, concluye que son necesarios dos requisitos para que pueda hablarse de nulidad: *a)* Que se trata de normas imperativas o prohibitivas, no dispositivas; *b)* Que tengan naturaleza sustantiva, o importancia decisiva para la persona, la familia o el Estado (52). Con tan estrechos cauces es difícil incluir en esta rúbrica el caso que estudiamos, sobre todo si recordamos que el T.S. ha establecido reiteradamente que la cita de preceptos legales administrativos no pueden ser base para fundamentar el recurso de casación (cfr., p. ej., la S. de 19 de enero de 1967, en relación con la LTC).

(51) *Los actos contrarios a las normas y sus sanciones*, «ADC», XXIX (1976), págs. 309 y ss. Estudia este autor detenidamente los casos de la legislación de tasas, la de control de cambios y la de inversiones extranjeras; no alude, sin embargo, a la materia objeto de este trabajo.

(52) Página 318.

Quizá sea salvable la solución, y podamos hablar de nulidad de pleno derecho en este caso, manteniendo al mismo tiempo la vigencia de la doctrina tradicional. Para ello es necesario precisar, al hablar de nulidad, a qué tipo de ésta nos referimos. Cuando se habla de nulidad de pleno derecho, habitualmente se alude con ello al llamado negocio prohibido, contrario a la ley; pero, como precisa DE CASTRO (53), los supuestos de nulidad son más amplios, y hay que colocar entre ellos, junto a estos negocios prohibidos, los llamados negocios imperfectos y los negocios inexistentes (incompletos, defectuosos o aparentes).

Si aceptamos, como aquí se hace, la clasificación de DE CASTRO acerca de los supuestos de nulidad, es ya fácil encuadrar el caso que tratamos. No se trata de un negocio prohibido, sino de un negocio incompleto, que es «aquél que en el momento en que es considerado, carece de un elemento esencial y no suplible por la interpretación». Con ello las dificultades para encuadrar las transferencias de concesiones no autorizadas en la nulidad de pleno derecho quedan muy debilitadas. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia antes citada, repugna hablar ahora de negocio nulo; pero sólo si por tal entendemos el negocio prohibido. Si, por contra, hablamos de nulidad en sentido amplio, en el negocio incompleto es donde halla su adecuado lugar este tipo de actos. Con ello se logran dos propósitos: no se violenta, sino antes bien, se aplica correctamente la teoría civil de la ineficacia del negocio jurídico; y al tiempo se concede a la autorización administrativa el valor destacado que su importancia reclama.

Y con ello es asimismo fácil de hallar la solución al problema, antes planteado, del momento en que debe producirse la autorización, y de la eficacia de la obtenida *ex post*. El negocio nulo no es susceptible de convalidación; pero, como demuestra una vez más DE CASTRO (54), existe lo que él llama la convalecencia del negocio; entendiéndolo por tal el que un nuevo hecho, al sumarse al supuesto que se consideraba nulo, le confiera validez. Y justamente, entre los ejemplos de convalecencia que admite DE CASTRO, se hallan los negocios incompletos. Así, la autorización posterior daría validez al negocio inicialmente nulo, en forma análoga a los casos de ratificación. La autorización posterior es posible, y eficaz, y me-

(53) *El negocio jurídico*, 1967, pág. 472. La doctrina general del acto nulo, ya antes en su *Derecho Civil de España*, I, 3.ª ed., 1955, págs. 596 y ss.

(54) *El negocio jurídico*, pág. 485.

diante ella el negocio privado traslativo adquiere validez y produce efectos: la dificultad tenía su origen más en una incorrecta concepción de la nulidad de pleno derecho, como algo radicalmente insanable, que en un defectuoso entendimiento de la finalidad y naturaleza de la autorización administrativa.

Calificado como negocio incompleto, dentro de la categoría general de los negocios nulos, el acto traslativo celebrado sin autorización, y aclarada la eficacia convalidante de la autorización *a posteriori*, resta aún preguntarse por la eficacia, retroactiva o no, de esta autorización *ex post*, para determinar si sus efectos se retrotraen al momento de la perfección civil del contrato, o, por el contrario, debe entenderse que éste sólo despliega su eficacia desde la autorización. En este momento, y sin poder justificarlo debidamente, me inclino por la segunda variante: el papel peculiar y decisivo de la autorización administrativa, el ser en definitiva la Administración la titular del servicio público, hace que el estadio anterior a su consentimiento a la transferencia privada carezcan de relevancia: sólo por la autorización y, por tanto, desde la autorización, puede decirse que hay transmisión de la concesión. Como fácilmente puede deducirse, las consecuencias de esta afirmación son importantes: casos de defectos de capacidad, de vicios del consentimiento, etc., el momento en que se producen, para que tengan relevancia, es el de la autorización, no el de la celebración del contrato. Se trata por ello de un tema de extraordinaria importancia, que, sin embargo, es imposible desarrollar en los estrechos límites de esta conferencia (55).

4. Las conclusiones a que se ha llegado en el plano sustantivo condicionan decisivamente el aspecto notarial del problema. Aspecto que puede reducirse a la siguiente interrogante: ¿cabe autorizar la escritura correspondiente sin que las partes acrediten fehacientemente la autorización administrativa? La alternativa parece reducirse a lo siguiente: denegación de nuestro ministerio o

(55) Los problemas dogmáticos que podrían seguir planteándose son incontables; un solo ejemplo: ¿cuál sería la posición jurídica de los terceros civiles, es decir, de los interesados que no sean transmitente, adquirente y Administración, como, por ejemplo, los acreedores? Parece debe concluirse en que, ni por la vía de la acción subrogatoria ni por alguna otra podrían ejercitar los derechos concesionales, ya que ante la Administración carecen de personalidad, no son «parte» en la relación concesional, que es el criterio decisivo. Cfr., sobre este interesante problema secundario, VILLAR PALASÍ, voz *Concesiones administrativas*, pág. 735, y ALBI, *Tratado de los modos de gestión*, también ya cit., pág. 604, ambos con cita de jurisprudencia. Los ejemplos podrían multiplicarse.

acceder a lo solicitado, haciendo a los comparecientes la pertinente advertencia.

De todo lo hasta ahora desarrollado se desprende con una claridad cegadora que la postura notarial congruente no puede ser otra que la negativa a autorizar. Debemos denegar nuestro ministerio y no proceder a autorizar el documento. Y esta postura negativa, que para mí no necesitaría una especial justificación, puede, sin embargo, fundamentarse en varias razones:

La escasa jurisprudencia notarial que puede citarse a este respecto está, desde luego, en esta línea doctrinal. Destaca al efecto la Res. D.G.R.N. de 27 de marzo de 1957, dictada en un supuesto de venta de una concesión minera a celebrar sin la correspondiente autorización administrativa. La Dirección concluyó sin titubear en que no procedía el otorgamiento de la escritura sin autorización, aunque entre las reservas y advertencias legales se incluyera la relativa a la necesidad de obtenerla y a las consecuencias legales de su falta. Esta doctrina jurisprudencial la considero perfectamente aplicable en este momento, si tenemos en cuenta: a) Que está dictada en base a una concesión minera, concesión demanial, en definitiva, en la que, como veremos dentro de un momento, el control administrativo en las transmisiones tiene menor peso específico que en las de servicio; por tanto, si en este tipo de concesiones ya no se consideró viable el otorgamiento del documento, con mayor motivo procederá la denegación de funciones en las concesiones de servicio; y b) Que no olvidemos el significado de la escritura en esta clase de negocios jurídicos, como forma de ser del negocio documentado, lo que hace que el cuidado notarial debe ser exquisito a la hora de precisar que todos los elementos concurrentes a la validez del contrato, entre ellos la autorización administrativa, confluyan en el acto del otorgamiento.

La solución que se propugna no es, por otra parte, aislada en la doctrina notarialista. Una Comisión del Colegio Notarial de Barcelona (56) así lo estimó también, asimismo en tema de concesiones mineras, siendo por tanto válido el argumento *ad nauseam* antes enunciado para la Res. de 27 de marzo de 1957: más razones hay para estimarlo así en concesiones de servicio que en concesiones demaniales, en concreto, en la de minas, en las que la cuestión,

(56) Cfr. *Intervención estatal en la contratación sobre montes, minas y buques*, «RDN», XIII-XIV (1956), págs. 301 y ss., esp. págs. 304-306.

por otra parte, en el estado de nuestro Derecho no estaba del todo clara cuando surgen, tanto la Resolución citada, como el trabajo del Colegio de Barcelona, asimismo citado.

En definitiva, recordemos que nuestra misión es dar forma a negocios jurídicos plenamente válidos y eficaces, y que tenemos el deber y la obligación, no sólo el derecho, de realizar, previamente al otorgamiento, un riguroso control de legalidad de los actos jurídicos privados, en el que debe incluirse el cumplimiento de estos requisitos administrativos. El no hacerlo así suscitaría desconfianza en los particulares y recelos en la Administración, contribuyendo a un inevitable desprestigio de la escritura pública, y, en general, de la función notarial. Ya en Simposio Notarial-83, en concreto en la Ponencia IV del mismo (redactada por mí y aprobada sin modificaciones por el Plenario) se insistió, en general, en el escrupuloso cumplimiento de las autorizaciones administrativas necesarias para determinados negocios jurídicos. Y ahora, si recordamos que la falta de autorización conlleva nulidad del negocio civil y caducidad de la concesión, esta exigencia deviene inexcusablemente: desde esta perspectiva de la prestación de las funciones notariales, que es la obligada, la negativa a autorizar la escritura pública debe ser inmovible.

5. Si en el terreno notarial es evidente que no procede la autorización del documento, parece inevitable concluir que en la esfera registral, en ningún caso podrá practicarse la inscripción si no se acredita la existencia de la autorización administrativa. Entiendo que en nuestro Derecho positivo vigente esta afirmación se justifica por sí sola, no es necesario que sea demostrada: los más rudos y elementales principios en materia hipotecaria hacen necesario que al Registro lleguen títulos válidos y perfectos, y ninguna de las contadas excepciones existentes es aplicable a nuestro caso.

Hasta hace muy poco, sin embargo, podría suscitar alguna duda el desafortunado texto del art. 98 RH, tal como quedó establecido en la reforma hipotecaria de 1959, con su sistema de inscripción condicionada y de vigencia temporal por dos años. El precepto fue aplicado a veces a la transmisión de concesiones por algunos autores (57), con más o menos fundamento, pero personalmente en-

(57) Cfr. BALLESTER, *Inscripción de las concesiones de hidrocarburos*, cit., pág. 1369 (sobre la base de la anterior ley de hidrocarburos; el art. 10 de la ley vigente conduce a conclusiones radicalmente distintas); CANO TELLO, *Algunos aspectos civiles de la nueva ley de Minas «RCDI»*, 1975, págs. 1403 y ss.

tiendo que ni siquiera bajo la vigencia de ese art. 98 hubiera sido inscribible una transferencia de concesión de servicio realizada sin autorización.

En efecto, el último párrafo del precepto excluía del sistema de inscripción condicional el caso de que la ley sancionara expresamente la omisión del requisito con la nulidad absoluta del acto; como decía un autorizado comentarista de la reforma (58), esta disposición no era aplicable cuando el requisito administrativo sea *esencial* (el subrayado es suyo); en tales hipótesis, lo precedente es denegar la inscripción, sin que se pueda tomar anotación preventiva. En mi opinión, siendo el acto inscribible sin autorización nulo de pleno derecho, como antes quedó establecido, no era de aplicación este art. 98, párrafo 3.º, a las transmisiones de concesiones de servicio, y procedía por tanto la denegación de la inscripción, por lo que la supresión reciente del mismo no supone en este campo novedad alguna.

Una última precisión conviene subrayar: en el supuesto anómalo sin duda, de que la autorización se obtenga *ex post*, sí que pienso sería inscribible el acto traslativo. Si, a sabiendas de que la transmisión se ha efectuado sin autorización, en vez de declarar caducada la concesión, expresamente consiente en ello, en virtud del fenómeno de convalecencia del negocio antes aludido éste queda sanado y adquiere plena validez y, por ello, condición de inscribible. La discusión civil acerca del momento de la producción de efectos es irrelevante a efectos registrales: sea cual fuere aquél, lo cierto es que al llegar al Registro el documento formalizador de la transmisión junto con la autorización, en ese momento ya es válido y no existe razón alguna para que le sea negada la entrada en el mecanismo tabular.

B) *Concesiones de dominio*

Como antes se resaltó, la doctrina tradicional separaba tajantemente el régimen jurídico de las concesiones demaniales del propio de las de servicio, entre otros aspectos que ahora no son del caso, en orden al sistema de control por la Administración de las transferencias de concesiones *inter privatos*. En las concesiones de servicio se exige un control previo, articulado mediante la técnica de

(58) LA RICA Y ARENAL, *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, 1959, pág. 111.

la autorización *a priori*; tanto por la caracterización *intuitu personae* de estas concesiones, cuanto porque en las mismas el interés público está fuertemente presente y es el aspecto primordial. Priva ante todo la necesidad de la prestación regular y continua del servicio, para lo que es decisiva la personalidad del concesionario. En estas concesiones lo decisivo es el interés general, que las condiciona de modo directo; el interés del concesionario cede siempre ante aquél.

Por el contrario, en las típicas concesiones demaniales, el interés del concesionario es lo que viene tomado en consideración de modo preferente; la persona del mismo es, en principio, indiferente. Sólo de un modo indirecto y reflejo puede decirse que mediante la concesión demanial se satisface un interés público. Ello es lo que lleva el carácter fundiario de este tipo de concesiones, que se configuran como derechos propios, patrimoniales, del concesionario, de los que éste puede libremente disponer. La contraposición en el terreno legislativo se revela nítida si comparamos los arts. 66 y 103 de la LOP, antes ya citados, y asimismo tuvimos ocasión de examinar la doctrina del C. de E. montada en base a estos preceptos.

Sería inexacto, sin embargo, en una exposición del régimen de transmisión de las concesiones demaniales, limitarse a tratar el sistema de notificación previsto en el art. 103 de la LOP. En el año 1877, año de promulgación de esta norma básica, ello era así sin duda. La evolución posterior, tanto del Derecho positivo en tema de concesiones, como de la doctrina elaborada en torno al mismo, han hecho que en la actualidad el ámbito de aplicación del precepto, y, por tanto, del mecanismo de la notificación *ex post* haya quedado en gran medida reducido: cada vez son más las concesiones que, pudiendo ser calificadas de demaniales, se incluyen, en forma análoga a las de servicio, en un sistema de autorización previa necesaria para su transmisión.

Por ello entiendo que, en nuestro Derecho vigente, el tratamiento legal de la transmisión *inter vivos* de concesiones de dominio público ofrece en la actualidad tres posibles modalidades, que deben ser expuestas por separado:

a) *Concesiones demaniales asimiladas a las de servicio*

El fenómeno general de la *vis atractiva* que ejerce la regulación de la concesión de servicio sobre la propia de la de dominio fue ya

antes expuesto. En la actualidad no se piensa ya que el uso de bienes de dominio público en forma privativa y excluyente por un particular es algo ajeno al interés general, sino que éste debe también ser relevante en cuanto a la determinación de las modalidades, condiciones y especificaciones de dicho uso. La justificación de que un particular tenga derecho a usar, con exclusión de los demás, un bien demanial sólo puede estar en que de este modo también se satisface un interés público. Por ello, no puede ser el factor de los intereses privados del concesionario lo que se traiga a primer plano, sino precisamente ese interés general subyacente a todas las concesiones demaniales; y la consecuencia que se deriva de todo ello no es otra que un incremento de las potestades interventoras de la Administración en el régimen de la concesión. Incremento que, en lo que aquí interesa, se traduce en un control más estricto de las transferencias concesionales: se abandona el sistema de la simple notificación posterior, para pasar al de la autorización previa, en forma análoga al de las concesiones de servicios, ya expuesto.

Los ejemplos en este sentido podrían multiplicarse. Las concesiones de autopistas de peaje son, en última instancia, concesiones de dominio, y, sin embargo, en cuanto a su transmisión exigen autorización previa (art. 31 LAut. y 105 del Pliego de condiciones), lo que la doctrina justifica e incluso elogia (59). También, en el amplio campo de las concesiones demaniales, sobre el llamado demanio marítimo cuyo último objeto es la pesca (60) se detecta claramente este fenómeno: ya el viejo Reglamento de almadrabas de 4 de julio de 1924 (art. 38) impuso la necesidad de autorización, que puede verse también en la reciente ley de cultivos marinos de 25 de junio de 1984 (art. 17). Los casos podrían multiplicarse.

Una singularidad en este tema ofrece la concesión de hidrocarburos, concesión demanial que asimismo excepciona el régimen general. Y lo es porque se trata de una de las pocas normas que contiene una sanción expresa en las transmisiones que se realicen sin autorización. Según el art. 10 LHidr., reiterado en el 10 del Reglamento, «no producirán efecto alguno entre las partes ni frente a terceros los negocios jurídicos a que este artículo se refiere, reali-

(59) GÓMEZ-FERRER, *En torno a la ley...*, cit., que califica a esta concesión como mixta de obra y dominio (pág. 331), estima lógico y plausible esta exigencia de autorización (pág. 357).

(60) Cfr., en general, sobre estas concesiones, GUAITA, *Apunte sobre la pesca marítima*, en «Administración y Constitución. Estudios en homenaje al profesor Mesa Molés», 1982, págs. 413 y ss., esp. págs. 436 y ss.

zados sin la autorización requerida por el mismo». ¿Qué se pretende decir con esta norma, aparentemente tan clara y rotunda?

Creo que, también para este caso, tiene vigencia la doctrina general antes expuesta para las concesiones de servicio, en orden a la eficacia de la autorización y a la situación del negocio civil sin ella celebrado. Aparte de que lo contrario supondría una novedad de difícil encaje en la teoría de las concesiones, la razón del precepto parece ser ésta: la LHidr. aparece en 1974, sólo un año después de la vigente ley general de Minas (de 1973), que tiene carácter supletorio de la de Hidrocarburos. Quizá lo que se pretendió fue simplemente evitar, con esta norma específica, la aplicación del sistema general contenido en la LMin., al que después aludiremos, al caso de los hidrocarburos, dada la especial relevancia de estos minerales. El silencio en la LHidr. hubiera conducido fatalmente a aplicar las normas de la LMin., para evitar lo cual se introdujo el precepto que comentamos. Pero no parece que con el mismo se haya pretendido introducir un sistema totalmente nuevo en el mecanismo concesional, por lo que hay que concluir que, en este caso, como en los demás antes citados, estamos simplemente ante el mismo régimen expuesto para las concesiones de servicio: sistema de autorización previa, con todas las consecuencias que de ello se derivan y que antes se intentó aclarar.

Los botones de muestra expuestos no son los únicos. En realidad, a la hora de transmitir una concesión, es necesario ante todo indagar su naturaleza, demanial o de servicio; teniendo bien presente que concesiones antaño demaniales son hoy consideradas como de servicio. Las concesiones de aguas han sido siempre el clásico ejemplo de concesiones de dominio; sin embargo, como precisó el Dict. C. de E. de 9 de octubre de 1975, entre otras, las de saltos a pie de presa (desde 1924), las de aprovechamientos con fines industriales (desde 1927) y otras han perdido ya su vieja naturaleza demanial y hoy son auténticas concesiones de servicio. Es muy probable que, en la actualidad, ante una concesión de dominio concreta, por imperativos de su legislación sectorial, lo procedente en orden a su transmisión sea, no la notificación posterior, sino la autorización previa. Autorización previa que vendría configurada tal y como antes, para las concesiones de servicio, apuntamos, pudiendo dejar solventado el problema, por tanto, con una simple remisión en bloque a páginas anteriores.

b) *Sistema intermedio: el caso de las minas*

En este tránsito del régimen de las concesiones demaniales al peculiar de las de servicio un ejemplo singular lo constituye la concesión minera. La concesión minera ha sido configurada doctrinalmente (61) como concesión demanial, es más, ha sido siempre el prototipo de esta clase de concesiones, aquélla en la que más resaltaba el aspecto puramente fundiario de la misma; el interés general casi desaparecía, y pasaba a primer plano el derecho privado del concesionario. Reflejo de esta concepción es justamente el propio CC, cuyo art. 339, 2, incluía entre los bienes de dominio público a las minas, pero sólo «mientras que no se otorgue su concesión»; con lo que se daba a entender que la concesión minera confería al particular un derecho tan fuerte que, prácticamente equivalía al de propiedad privada.

El CC era perfectamente congruente con la legislación especial minera de la época, Ley de 1849, D.L. de 1868, etc. La concesión minera era perpetua, transmisible con toda libertad, sólo caducaba por impago del canon, no era de ejercicio obligatorio, en definitiva, suponía algo más que una concesión; era casi una propiedad privada del concesionario. Bajo estas normas, la transmisión de concesión minera tenía un carácter idéntico al de cualquier otro bien del concesionario.

Esta concepción decimonónica cambia con la ley de minas de 19 de julio de 1944 (en realidad ya con la de 7 de julio de 1938), que introduce sustanciales reformas en el régimen de la concesión minera, entre ellas la sujeción de las transmisiones a autorización administrativa, y altera la configuración doctrinal de la propia figura concesional. Y la vigente LMin. de 21 de julio de 1973 supone un paso más en esta evolución, profundizando y completando las novedades (acaba incluso con el carácter perpetuo, convirtiendo la concesión en temporal) de la ley de 1944 en el mismo sentido, hasta el punto de que en la actual concesión minera hay ya muchos elementos que se consideraban tradicionalmente propios de las concesiones de servicio.

En orden a la cuestión que nos interesa, la transmisión de la concesión, bajo la vigencia de la ley de 1944 se produjo una abun-

(61) Cfr. el trabajo, ya citado, de VILLAR PALASÍ, *Naturaleza y regulación...*, núm. 1 de esta REVISTA (1950), págs. 79 y ss.

dante literatura (62), así como interesantes decisiones jurisprudenciales (63). No es el momento de reproducir una polémica, hoy sin interés. Bastará decir que se dibujaron, en general, dos posiciones: a) La que consideraba la autorización como elemento esencial en la transmisión, como *conditio iuris* del negocio que conllevaba su ineficacia si faltaba; b) La que lo consideraba como un simple requisito administrativo, sólo exigible a estos efectos, pero que no afectaba a la validez civil del negocio. La cuestión era dudosa: mientras que para la mayoría de la doctrina era preferible la primera posición, la jurisprudencia mayoritaria se inclinaba por la segunda. En el plano notarial y registral, sin embargo, como antes tuvimos ocasión de comprobar, prevalecía asimismo la tesis más rigorista.

La vigente ley, que asimismo ha provocado ya la aparición de varios trabajos doctrinales sobre el tema (64) trata la cuestión en forma amplia, completa y sistemática; y su Regl. de 25 de agosto de 1978 ha venido a llenar cualquier posible laguna. Para su estudio detallado, forzoso es remitirse en líneas generales a las obras citadas, resaltando aquí sólo los aspectos que pueden ayudar a comprender el sentido de esta regulación en el cuadro general del régimen de las concesiones de dominio, y cómo constituye este caso un supuesto hasta cierto punto intermedio entre las concesiones demaniales clásicas y las concesiones de servicio (y concesiones demaniales a ellas asimiladas).

Efectivamente, la ley, en la polémica suscitada por la de 1944, se inclina decididamente por la solución que la jurisprudencia había

(62) ALVAREZ-GENDÍN, *Naturaleza pública del dominio minero*, «AAMN», IV, páginas 407 y ss.; VILLAR PALASÍ, *op. cit.* en nota anterior; PUYUELO, *Derecho Minero*, 1954, pág. 95 y ss.; GARCÍA-ARANGO, *Derecho Hipotecario minero*, «RCDI», 1956, págs. 42 y ss.; Cirilo MARTÍN-RETORTILLO, *Transmisión de minas. Necesidad de autorización administrativa*, «ADC», XII (1959), págs. 235 y ss.; GÓMEZ CALERO, *El contrato de arrendamiento de minas*, «RGLJ», 1971, I, págs. 27 y ss.; QUEVEDO VEGA, *Derecho español de minas*, I, 1964, págs. 347 y ss.

(63) Pueden verse recogidas en QUEVEDO VEGA, *cit.*, págs. 384 y ss.; también, en CAMY, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, IV, 2.ª ed., 1975, págs. 713 y ss.

(64) CANO TELLO, *Algunos aspectos civiles...*, ya cit. (si bien se centra en el problema de la transmisión a extranjeros); LUCAS FERNÁNDEZ, «La nueva propiedad minera», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de CASTRO*, II, 1976, págs. 147 y ss., esp. págs. 219 y ss.; FUENTES BODELÓN, *Derecho administrativo de los bienes*, 1977, pág. 409; ARCENEGUI, *El demanio minero*, 1979, págs. 125 y ss.; VILLAR EZCURRA, *Régimen jurídico de las aguas minero-medicinales*, 1980, págs. 73 y ss.; GUAITA, *Derecho Administrativo. Aguas, montes, minas*, 1982, págs. 329. Por último —y éste es exactamente el lugar que le corresponde, aunque cronológicamente sea de los primeros—, puede también citarse aquí mi trabajo *La autorización administrativa en la transmisión de derechos mineros*, «REDA», 6 (1975), páginas 383 y ss.

venido manteniendo (65). Su art. 100 pretende solventar la batallona cuestión de los efectos del acto celebrado sin autorización, y lo hace diciendo que «si lo transmisión hubiera sido formalizada antes de solicitarse la preceptiva autorización... su *eficacia administrativa* quedará supeditada al otorgamiento de dicha autorización», lo que viene a completar el art. 101, para el cual «las autorizaciones que se regulan en este título serán únicamente a efectos administrativos, dejando a salvo los derechos y obligaciones de carácter civil». La claridad de estos preceptos deja poco margen de duda: se acoge la doctrina aislacionista, que separa tajantemente efectos civiles y efectos administrativos (y que, como vimos, era mantenida por cierta jurisprudencia también para las concesiones de servicio).

La solución legal puede ser, y de hecho ha sido, objeto de críticas. Tanto desde el punto de vista doctrinal, por cuanto desconoce el juego de la técnica de la autorización administrativa, como desde la perspectiva práctica, por las distorsiones que puede introducir la separación entre los efectos civiles del negocio jurídico y los efectos administrativos. Lo cierto es, sin embargo, que de *lege data* la solución adoptada es clara y precisa y, guste o no, debe aceptarse. En cuanto a las consecuencias sustantivas, notariales y registrales del régimen vigente, forzoso es omitir su detalle, pero pueden condensarse en las siguientes reglas: La transmisión sin autorización no es nula, ni anulable, sino perfectamente válida en el orden civil, entre partes y respecto de terceros (salvo frente a la Administración, que puede desconocerla). Puede la correspondiente escritura pública ser autorizada sin que se acredite la concesión de la autorización administrativa, bastando con hacer las pertinentes advertencias legales. Por último, no creo que sea ésta inscribible sin autorización, al haber desaparecido la inscripción claudicante del art. 98 del R.H.

La legislación minera ofrece, pues, en la actualidad una regulación específica, con un sistema *sui generis* en orden a la transmisión de concesiones demaniales; sistema que tiene su origen en unas decisiones jurisprudenciales específicas y que no autorizan su extensión analógica a otro tipo de concesiones.

(65) Cfr. sobre todo la S.T.S. de 22 de noviembre de 1966, ampliamente comentada por mí en op. cit. en nota anterior.

c) *Régimen ordinario: la notificación «ex post»*

Sería un error deducir de lo anterior que la gran mayoría de las concesiones demaniales están hoy sometidas, en cuanto a su transmisión a terceros, a la necesidad de autorización, en forma análoga a las concesiones de servicio. Pese a que cada vez es mayor el número de excepciones, de *lege data* en nuestro actual Derecho positivo la regla general del art. 103 LOP continúa teniendo vigencia en gran número de supuestos; en todos, salvo los expresamente excepcionados por alguna norma concreta de la legislación sectorial. En la vida práctica cabe citar como incluidos en esta rúbrica general, aparte de las concesiones demaniales de las corporaciones locales (66), concesiones tan destacadas como las de aguas (con alguna excepción ya citada), las concesiones sobre la zona marítimo-terrestre, la mayor parte de las concesiones de puertos (67), las famosas concesiones de marismas (68), etc.

En todos estos casos, el concesionario es libre de transmitir la concesión a tercero, sin consentimiento de la Administración. Esta transmisión no está sujeta *a priori* a condicionamiento alguno; desde el punto de vista civil, es un bien patrimonial, integrado en el patrimonio del concesionario, y que como tal es perfectamente enajenable. Sólo se impone a su titular un requisito añadido: la comunicación posterior a la Administración concedente. Comunicación, o notificación que, por definición, tiene lugar una vez celebrada la transmisión; es decir, presupone la existencia previa de

(66) Así lo señala la doctrina: cfr. LÓPEZ PELLICER, SÁNCHEZ DÍAZ, *La concesión...*, cit., pág. 332.

(67) Como ha señalado COSCULLUELA (*Administración portuaria*, 1973, págs. 179 y ss. y pág. 205), en el ámbito portuario existen muy diversas concesiones, unas calificables de demaniales y otras de servicio, con las obligadas consecuencias en cuanto a la transmisión de cada uno de los grupos.

(68) En cuanto aquí interesa, las concesiones de marismas deben ser calificadas claramente de demaniales. Así lo ha demostrado en forma convincente últimamente LÓPEZ RAMÓN, *Consideraciones sobre el régimen jurídico de las marismas*, núm. 96 de esta REVISTA (1981), págs. 33 y ss., esp. pág. 55. Por otra parte, hay que insistir que, pese a la peculiaridad de estas concesiones, están sujetas a la necesidad de notificar las transmisiones que de las mismas se verifiquen. VILLAR PALASÍ (voz *Concesiones...*, cit., pág. 732) cita una R.O. de 25 de junio de 1875 que declaró la plena y libre transmisibilidad de estas concesiones, sin requisito alguno; pero tal disposición no he podido encontrarla en la Colección Legislativa. Con tal fecha sólo aparece una R.O. otorgando una concesión concreta para la construcción de un embarcadero en la playa, en cuyo clausulado (c. 8.ª), efectivamente, sí se contiene una condición facultando al concesionario para, una vez terminada la obra, transferirla o enajenarla como tenga por conveniente; pero no se trata de una disposición de carácter general, sino, como se ve, de un acto administrativo concreto.

un negocio jurídico civil válido y eficaz que ha consumado ya la transmisión. La Administración realiza un control *ex post*, que tiene lugar cuando ya se ha producido la alteración en la persona del concesionario. El análisis de la naturaleza, régimen jurídico y efectos en general de esta notificación, y de la falta de la misma es justamente el actual objeto de nuestro estudio.

La jurisprudencia del C. de E. ha tenido ocasión de ocuparse del concepto y naturaleza de esta notificación. Para el alto cuerpo consultivo, en Dict. de 9 de julio de 1954, en el caso que tratamos, la Administración actúa con mera facultad de homologación, atribuyendo personalidad administrativa y, por ende, confirmando la cualidad de concesionario a favor del nuevo titular. El Dict. de 4 de febrero de 1965, ya citado, señala que, si bien es libre la transferencia de concesiones demaniales, la Administración tiene la facultad de entrar, *a posteriori*, en el examen de las circunstancias que concurren en el cesionario, para determinar si esas circunstancias no obstan al buen desarrollo de la concesión. Por su parte, en 9 de julio de 1970 apunta el C. de E. que la finalidad esencial de la notificación es la de vincular a la Administración con el nuevo concesionario, siendo en principio puramente pasiva la actitud que adopta. Y, por último, en el Dict. de 9 de octubre de 1975 se señala que la notificación de la transferencia en las concesiones demaniales es una carga o *modus* impuesto al concesionario al objeto de que la Administración conozca en cada momento el titular a quien dirigir las notificaciones precisas, pero no se trata de un deber esencial, pues la concesión demanial, a diferencia de la de servicio, no tiene carácter *intuitu personae*.

La doctrina del C. de E. resumida clarifica y precisa la esencia de esta notificación: es una obligación, un deber jurídico impuesto al concesionario (a mi juicio recae tanto sobre el transmitente como sobre el adquirente) de notificar, comunicar o poner en conocimiento de la Administración el hecho de la transmisión; con la finalidad básica de que la Administración homologue y registre la transmisión efectuada, reconociendo (no otorgando) al concesionario nuevo la condición de tal y teniéndole por parte en la relación concesional. Ningún precepto impone la necesidad de una forma específica para esta notificación, por lo que habrá de estarse a las reglas generales sobre la materia; pero en todo caso es muy aconsejable que la notificación sea de algún modo fehaciente, a fin de evitar toda dificultad de prueba en caso de litigio.

Dos son, en mi opinión, los problemas básicos que pueden surgir en tema de notificación. Problemas íntimamente ligados y a veces confundidos, pero que conviene separar con cuidado, porque la solución que se adopte para uno no tiene por qué precluir la específica del segundo. Estos problemas son: en primer lugar, ¿qué facultades tiene la Administración respecto de la transmisión de concesión que se le notifica?, y, en segundo término, ¿qué consecuencias jurídicas se derivan del hecho de omitir el deber de notificar?

Las dificultades son considerables si tenemos en cuenta que, a más de tratarse de cuestiones generalmente ignoradas por la doctrina, la jurisprudencia, tanto del T.S. como del C. de E. no ha sido unánime, sino antes bien ofrece aspectos a veces francamente contradictorios, lo que impide sentar conclusiones definitivas. Estas discrepancias jurisprudenciales pueden ilustrarse fácilmente con dos simples ejemplos:

Si comparamos las Ss. T.S. de 12 de noviembre de 1963 y de 12 de abril de 1980, es fácil comprobar los puntos de partida opuestos de que ambas arrancan. Para la primera de ambas, de la sala 3.^a del T.S., si bien es cierto que el art. 103 de la LOP no prohíbe la transferencia de concesiones, el precepto impone la notificación de la misma a la Administración, para que ésta la apruebe; señala que la finalidad de ello es evitar fraudes a la Administración, que en todo caso debe consentir la transmisión, citando al efecto el artículo 1.205 CC, que considera aplicable, ya que no puede pensarse que la Administración sea de peor condición que un contratante privado; y parece concluir admitiendo la posibilidad de que la Administración, una vez notificada, no reconozca la titularidad del adquirente. Por el contrario, para la S. de 12 de abril de 1980, las concesiones demaniales son libremente transferibles a tercero, y la exigencia de notificación nunca puede hacerse equivaler a una autorización, sino que tiene un papel mucho más restringido.

Salta a la vista el diferente valor que la notificación tiene para una y otra Sentencia. Y la misma conclusión cabe obtener si cotejamos dos dictámenes del C. de E., aparecidos además muy próximos en el tiempo: el de 9 de octubre de 1975, ya citado, y el de 17 de abril de 1975. Este último puede colocarse en la línea de la S.T.S. de 12 de noviembre de 1963, destaca la importancia decisiva de la notificación, apunta que una transmisión no notificada es para la Administración, *res inter alios acta*, y concluye prácticamente equi-

parando la notificación a una autorización *ex post*, incluso admitiendo que su falta hace incurrir a la concesión en causa de caducidad. Por el contrario, el Dict. de 9 de octubre de 1975 parte de la base de que, siendo la concesión demanial libremente transmisible, la Administración, una vez notificada, no puede dejar de otorgar validez administrativa a la transferencia; y por otra parte, apunta que la falta de notificación no puede considerarse caso de incumplimiento, siendo su única consecuencia jurídica el que la Administración siga considerando «parte» en la relación concesional al antiguo titular.

Por mi parte entiendo que el confusionismo reinante, tal como se desprende de los fallos que se han resumido, puede ser eficazmente desvanecido si se examinan por separado los distintos puntos problemáticos que se engloban en torno a la eficacia de la notificación de la transmisión. Y en tal sentido podemos distinguir:

1. ¿A qué extremos se extiende el control administrativo de la transferencia que se opera en virtud de la notificación? Un Dict. del C. de E. de 14 de julio de 1955 intentó responder al interrogante, contestando que mediante la notificación, la Administración controlaba dos aspectos distintos del proceso de transmisión: de un lado, los requisitos de validez civil de la transmisión, y de otro, las condiciones de capacidad administrativa del adquirente. Discrepo. El tema de la validez civil del acto privado de transferencia escapa a las facultades de homologación y control de la Administración, quedando encomendado al control notarial previo y, en su caso, a los Tribunales de justicia, que serán además los de la jurisdicción ordinaria. Como apuntó la S.T.S. de 5 de marzo de 1976, los contratos civiles entre particulares no pierden su naturaleza por recaer sobre objetos de interés general y quedar sometidos a la aprobación del organismo público competente (la S. recaía justamente sobre una transmisión de concesión en la zona marítimo-terrestre).

Los aspectos civiles quedan fuera de la potestad de control de la Administración; por su propia naturaleza y finalidad, parece que datos tales como la capacidad civil de las partes, la exigencia de forma, la existencia de vicios del consentimiento, etc., son cosas no susceptibles de apreciación por la Administración. Queda, pues, reducida la materia sobre la opera esta actividad administrativa al segundo de los puntos que señaló el Dict. precitado del C. de E., al de la capacidad administrativa del adquirente para ser concesionario, a los requisitos generales, de una parte, y a los específicos que pueda haber impuesto el pliego concesional, de otra. Este ámbito

es, a mi juicio, el único susceptible de ser examinado por la Administración, cuando a ésta se comunica la realización de una transmisión de concesión demanial.

2. Aceptando que la Administración pueda y deba fiscalizar la capacidad jurídico-administrativa, nunca la civil, del nuevo concesionario, hay que añadir que a esta esfera se circunscribe la citada fiscalización. En otras palabras, que estamos ante un puro control de legalidad, pero no de oportunidad. Esta es la última y radical diferencia que separa la transmisión de las concesiones demaniales de las de servicio; no ya el momento temporal en que se verifica el control, antes o después del acto traslativo, sino la extensión e intensidad del mismo. En una concesión de servicio, la Administración tiene que comprobar que, además de los requisitos ordinarios de capacidad para ser concesionario, el adquirente ofrece las necesarias aptitudes técnicas y económicas para gestionar el servicio de que se trate. En las concesiones demaniales, este segundo aspecto no se da, por lo que sólo el primero tiene relevancia.

Ello conduce a afirmar inevitablemente que, mientras en la concesión de servicio la actividad autorizante de la Administración, como sostiene toda la doctrina, tiene carácter discrecional, en concesiones demaniales esa actividad homologante debe considerarse reglada; y ello con todas las importantes consecuencias que comporta en orden a la fiscalización jurisdiccional en vía contencioso-administrativa de esta actividad. También en concesiones mineras, demaniales al fin, aunque sujetas a autorización, la doctrina, a diferencia de las de servicio, afirma el carácter reglado de la autorización administrativa para la transmisión; y con mayor motivo es predicable este carácter reglado en las restantes concesiones de dominio, en las que la intervención administrativa es más mitigada que en el caso de las minas.

Con ello se obtiene otro dato de la mayor trascendencia en orden a la disección de la eficacia jurídica de la notificación, que puede sintetizarse así: la actuación de la Administración, al ser notificada de la transmisión, se ciñe a comprobar si el adquirente de la concesión cumple todos los requisitos de capacidad administrativa que la ley y, en su caso, el clausulado de la concesión exigen. Es una pura actividad de subsunción de hecho en la norma, actividad de carácter estrictamente reglado y que no puede extenderse a extremos diferentes del señalado. Todo juicio de oportunidad o de conve-

niencia está tajantemente vedado a la Administración en el terreno de las concesiones de dominio público.

3. La Administración sólo podrá, pues, rechazar al cesionario, no confiriéndole la condición jurídica de concesionario, por razones de falta de capacidad administrativa. En el supuesto de que tal cosa suceda, es forzoso indagar cuáles serán las consecuencias jurídicas de esta situación. En las concesiones de servicio, como se vio en su momento, la transferencia sin autorización suponía un incumplimiento de un deber básico del concesionario, el de prestar el servicio por sí mismo, cuyo incumplimiento daba lugar a la caducidad de la concesión, como sanción obligada. Por el contrario, en las concesiones demaniales no existe en principio ese deber de usar los bienes demaniales por el concesionario por sí mismo, y la transmisión de la concesión es un derecho que al concesionario se otorga.

No puede, por tanto, sostenerse que la solución deba ser la caducidad de la concesión, enténdida al modo de las concesiones de servicio. El tema tiene carácter exclusivamente administrativo, por lo que, pese a su interés, no debe ser abordado en una conferencia que trata básicamente de problemas civiles, notariales y registrales, pero, a riesgo de no poder fundamentar debidamente mi opinión, creo que en tal caso sólo puede llegarse a dos salidas: o se piensa que estamos ante un caso de caducidad, pero no de caducidad-sanción, por lo que sí procedería indemnización; o, por el contrario, pensar que en todo caso lo único que procede, si la Administración lo considera oportuno, es rescatar la concesión, rescate que asimismo conlleva plena indemnización.

4. Las anteriores conclusiones presuponen que se ha cumplido el deber de notificar la transmisión; es todavía necesario precisar la situación jurídica de las partes en el caso de que dicha obligación se incumpla. Téngase en cuenta que, ni el artículo 103 de la LOP ni ningún otro precepto señalan plazo determinado para la práctica de la notificación; ésta puede retrasarse, incluso no llegar a practicarse nunca. Mientras tanto, la concesión subsiste, y la transmisión se ha realizado e incluso consumado entre las partes.

En mi opinión, el negocio jurídico civil es perfectamente válido y eficaz, y produce la transferencia de la concesión. La ausencia de notificación, como se desprende de la doctrina del C. de E. antes citada, sólo produce la no vinculación de la Administración a la transmisión realizada. No vinculación que debe ser rectamente en-

tendida: la Administración puede considerar legitimado sólo al cedente, tanto activa como pasivamente, para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones dimanantes de la concesión. Puede exigirles el cumplimiento de todos los deberes concesionales, ignorando al adquirente, que frente a ella carece de personalidad. En una palabra, la condición de parte en la relación concesional permanece en el transmitente, sin que el adquirente pueda pretender, frente a la Administración, el ejercicio de ningún derecho concesional.

A esto se reducen las consecuencias de no practicar la notificación. Ante una transmisión no notificada, la Administración permanece en principio ajena a la misma; y caso de tener conocimiento fehaciente del hecho, por cualquier vía, actuará en idéntica forma al supuesto de notificación, antes examinado: sólo en caso de falta de capacidad del adquirente podrá declarar caducada o rescatar la concesión. El incumplimiento, pues, del deber de notificar no acarrea específicas sanciones; simplemente, supone la falta de personalidad administrativa del adquirente y hace que el transmitente continúe vinculado en la relación concesional.

Esta conclusión es comprobable, teniendo en cuenta que a veces, a fin de evitar las perturbaciones causadas por un exceso de transmisiones de concesiones no comunicadas, la propia Administración se ha visto obligada a dictar normas tendentes a regularizar las situaciones pendientes. Así, una O.M. de 10 de noviembre de 1941 pretendió regularizar la situación de gran número de concesiones hidráulicas cuyo titular actual no constaba, por haberse verificado multitud de transferencias sin la oportuna notificación; dictando normas favorecedoras al respecto, pero en ningún caso sancionando de modo alguno la falta de notificación. Debe concluirse, por tanto, afirmando la validez de las transmisiones que se realicen, pese a no ser notificadas; la notificación puede efectuarse en cualquier tiempo, y, en tanto no se lleve a cabo, el resultado es simplemente el apuntado: el que la Administración siga considerando al cedente como parte en la relación concesional. Pero tanto entre partes, como frente a otros terceros, la transferencia debe entenderse producida desde el momento que el negocio civil determine.

5. Si del terreno sustantivo pasamos a contemplar los aspectos puramente notariales y registrales de la cuestión, es evidente que las conclusiones adoptadas arrojan ya una decisiva luz sobre los

mismos. Concretamente, en el terreno notarial, el otorgamiento de la correspondiente escritura (las concesiones demaniales deben transmitirse en escritura pública, a falta de otra norma, por el juego de los artículos 334 y 1.280 del CC, como bienes inmuebles que son) no está sujeto a especialidad alguna. Debe el Notario asesorar a las partes sobre su obligación de practicar la correspondiente notificación, pero nada más. La constancia expresa de ese asesoramiento entre las llamadas reservas y advertencias legales es, sin embargo, medida prudente en orden a la práctica notarial, dadas las consecuencias que puede acarrear para las partes el incumplimiento del repetido deber de notificar.

Más dificultades ofrece, a mi juicio, la inscripción de esta transmisión sin acreditar al Registrador la realización de la notificación. La doctrina hipotecarista que se ha ocupado del tema, en una trayectoria ininterrumpida que arranca ya en GALINDO y ESCOSURA, continúa en MORRELL Y TERRY y acaba en ROCA SASTRE (69), postula abiertamente la viabilidad de esa inscripción. Con base siempre en el hecho de que comunicar, o «dar cuenta» es algo posterior, un añadido que en ningún caso afecta a la validez de la enajenación.

Esta dirección doctrinal, pese a su unanimidad, no resulta convincente. Es cierto que la transmisión, pese a no haber sido notificada, es válida; pero también lo es que su plena eficacia sólo se logra mediante la notificación, momento en el que la Administración queda vinculada. Al Registro sólo deben llegar títulos perfectos: no sólo válidos, sino plenamente eficaces. Y hay en el supuesto una faceta, como la capacidad administrativa del adquirente, que sólo la Administración puede calificar. El admitir la inscripción de un negocio jurídico traslativo imperfecto, que puede incurrir incluso en caducidad (un negocio resoluble, en técnica civil) choca con los postulados de máxima seguridad jurídica que debe brindar el Registro. Por ello estimo que la inscripción debe ser, si no se acredita la práctica de la notificación, denegada, o mejor, suspendida, pues el defecto tiene abiertamente el carácter de subsanable.

Obsérvese además que, en este punto, la modificación del artículo 98 RH carece de trascendencia. Lo que la doctrina combatida afirmaba es que la transferencia sin notificación era normalmente

(69) GALINDO DE VERA, ESCOSURA ESCOSURA, *Comentarios...*, cit., I, pág. 296; MORRELL Y TERRY, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, I, 2.ª ed., 1925, pág. 621 (citando, además de a Galindo y Escosura, a Gómez González); ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, cit., III, pág. 775.

inscribible, sin acudir al mecanismo de la inscripción claudicante del artículo 98 RH; por mi parte, entiendo que, en la época de vigencia del antiguo artículo 98, la inscripción debía practicarse bajo la modalidad que el mismo señalaba (recordemos que su texto hablaba también de «comunicación posterior»), y que, desaparecido éste, este tipo de actos deben quedar excluidos del Registro. Es más, la supresión de este precepto, dada su redacción literal, constituye, creo, un argumento más en favor de la postura que aquí se ha mantenido.

C) *Subrogación del cesionario en la totalidad de los derechos y obligaciones dimanantes de la concesión*

En la dogmática de la transferencia de concesiones administrativas, tanto de dominio como de servicio, se destaca tradicionalmente como principio general, siempre aplicable, la plena y total subrogación del adquirente en todos los derechos y obligaciones de su transmitente, derivados de la concesión. Se produce una auténtica sucesión jurídica a título particular, subingresando el cesionario en la íntegra posición jurídica que su causante mantenía con la Administración. El contenido concesional permanece inalterado, limitándose a un cambio de titularidad y asumiendo el nuevo concesionario la relación concesional en su total plenitud.

Esta característica tiene rango de principio general, que se aplica sea cual fuere la concesión de que se trate, tanto a las demaniales como a las de servicio. Como tal principio aparece enunciado por la doctrina (70), por la jurisprudencia (cfr. ad. ex., la S.T.S. de 25 de abril de 1977, en un caso de concesión de marismas) y por la misma legislación; en este terreno legislativo lo proclamó ya el artículo 66 de la LOP, y lo reiteran múltiples y variadas normas sectoriales (art. 21 de la Ley de Ferrocarriles, art. 3 de la Ley de Ferrocarriles Secundarios, art. 10 de la Ley de Hidrocarburos, artículo 2 del R.D. de 18 de diciembre de 1981 sobre concesiones de radioemisoras, etc.). Parece haber una unanimidad total en admitir la aplicación de este dato a toda clase de concesiones.

Sentado lo anterior, debe concretarse diciendo que estamos ante un efecto *ex lege*. Una consecuencia jurídica que se deriva de la ley, que la ley vincula necesariamente a la transmisión de la con-

(70) Cfr., en este sentido, por todos, MARTÍN OVIEDO, *Transferencia, hipoteca, embargo...*, cit., pág. 314.

cesión, haya sido o no querida por las partes. La subrogación del adquirente se considera consustancial a la transferencia de la concesión, y por tanto no estamos aquí en tema de interpretación de voluntad negocial, ni siquiera de voluntades tácitas o presuntas. Es un efecto que la norma impone directamente a los particulares, en forma imperativa; por ello entiendo que sería inoperante el pacto privado tendente a destruirlo o condicionarlo de algún modo. Cualquier cláusula contractual que negara o limitara esta subrogación, habría de ser considerada nula, por ir contra normas imperativas; cuestión del máximo interés, e imposible de abordar en este momento, sería la de si se limitaría a la nulidad de dicha cláusula (*vivitur, sed non vitiat*) o arrastraría la nulidad del negocio (*vitatur et vitiat*). En mi opinión, la solución rigurosa sólo procedería cuando de la interpretación del negocio se dedujese que dicha cláusula había sido elevada por las partes a condición sustancial del contrato, o, en definitiva, había pasado a integrar la causa del mismo.

Lo anterior no es óbice para que, desde un punto de vista notarial, sea aconsejable incorporar a la escritura una cláusula que contenga expresamente esa subrogación. Con ello se evitan confusiones, se eluden peligros cuando en la norma específica de la concesión no esté contenido expresamente este principio general, y, por último, a la eficacia *ex lege* se añade la eficacia *ex voluntate*. Debe ponerse exquisito cuidado, en nuestra labor de asesoramiento al particular, a la hora de advertir la existencia de este principio general, procurar su cumplimiento y evitar que pueda pretenderse su vulneración.

V. TRANSMISIÓN «MORTIS CAUSA»

A la hora de abordar la compleja cuestión de la transmisión hereditaria de la concesión, es ante todo imprescindible liberarse de un prejuicio tradicional en la doctrina española que se ha ocupado del problema. Es éste: la asimilación del supuesto a la transmisión entre vivos. Se pretende inconscientemente aplicar en bloque la doctrina elaborada para las transferencias causadas por negocio jurídico *inter vivos* a las adquisiciones por causa de muerte; pero este mimetismo, a mi entender, a más de resultar perturbador, no es bastante para explicar satisfactoriamente la compleja situación

que surge al morir el concesionario. Lo peculiar de la causa que da origen a la transmisión, la muerte, exige la adopción de soluciones asimismo peculiares, que den respuesta a esa especialidad: a diferencia de la transferencia normal, en la que deben contemplarse tres intereses (cedente, cesionario y Administración), en el presente caso, por definición, sólo pueden quedar, los dos últimos como relevantes portadores de intereses jurídicamente protegibles.

La doctrina, sin embargo (71), suele limitarse a señalar, tras estudiar más o menos profundamente la transferencia entre vivos, que los mismos requisitos son aplicables, en general, a las originadas por causa de muerte. Tendremos ocasión de comprobar que no siempre es así, y que, a veces, pueden encontrarse profundas diferencias entre uno y otro caso. Para ello, sin embargo, se hace necesario aislar con cuidado los diferentes aspectos problemáticos que se presentan y que, en una visión forzosamente somera, pueden sintetizarse así:

1. Todas las concesiones administrativas, tanto demaniales como de servicio, son transmisibles *mortis causa* a través de las instituciones ordinarias del Derecho sucesorio. Dada la fundamental nota de la transmisibilidad de la concesión, aun con restricciones, esta transmisibilidad debe alcanzar al aspecto hereditario, del mismo modo que al ámbito patrimonial entre vivos. Este es el principio general en este terreno: la muerte del concesionario no extingue la concesión, pudiendo adquirir el sucesor *mortis causa*, heredero o legatario, la cualidad de concesionario y, con ello, el íntegro contenido patrimonial dimanante de la concesión. La base es clara: en una primera aproximación, la concesión administrativa es objeto de transmisión por causa de muerte, y corresponde al Derecho civil la determinación exacta de la misma. El hecho de que en la herencia se incluya una concesión administrativa no supone alteración en las reglas generales del fenómeno sucesorio: podrá transmitirse por sucesión testada o intestada, y dentro de la primera, por herencia o por legado, podrá atribuirse en pago de la legítima, etc.

Las excepciones a esta regla general son, en general, escasas. Desde el punto de vista concesional, sólo escapan a la misma algunas concesiones que, por su propia estructura, no pueden heredarse: las de autopistas de peaje, o las de hidrocarburos, que sólo pueden

(71) VILLAR PALASÍ, voz *Concesiones administrativas*, cit., págs. 734-5; ALBI, *Tratado de los modos de gestión*, cit., págs. 603-4. Los ejemplos podrían multiplicarse.

otorgarse a favor de personas jurídicas. En todas las demás, en tanto el concesionario sea persona natural, cabe la adquisición hereditaria por cualquier título sucesorio, aunque también respecto de esto último quepa matizar a veces: es indudable, p. ej., que cabe que la concesión sea objeto de sustitución fideicomisaria, en la herencia o en el legado; pero la cualidad de concesionario recaerá en el fiduciario exclusivamente, de tal modo que la adquisición por el fideicomisario requerirá nueva autorización administrativa. Ello es así no sólo porque la Administración no puede quedar vinculada por las relaciones civiles entre particulares, sino sobre todo porque es en el momento de la efectiva adquisición por el segundo heredero, el fideicomisario, cuando se puede calificar si éste reúne las condiciones de capacidad, y en general, de idoneidad para ser concesionario.

2. Las normas de fondo aplicables a la transmisión serán las ordinarias del Derecho civil, común o foral; pero a ellas se superponen las propias del Derecho administrativo, que más adelante expondremos. Estas normas vienen contenidas, de un lado, en la legislación sectorial reguladora de las concesiones. Pero también es de destacar que, incluso las que puedan existir en las ordenanzas o reglamentos específicos de la Administración, central o local, o incluso en el pliego concesional, son de preferente aplicación a las normas civiles. Este principio general, que proclama la prevalencia del ordenamiento específico administrativo frente al civil ordinario, sea cual fuere el rango normativo de ese ordenamiento específico, ha sido ya consagrado por la jurisprudencia en varias ocasiones. Así, en la S.T.S. de 31 de marzo de 1962 (72) y en la de 17 de junio de 1969, ambas de contenido idéntico, en un caso de transmisión de concesiones de puestos en mercados municipales, aplicó las ordenanzas del mercado de abastos de Barcelona con preferencia a las normas civiles (forales en estos casos), que conducían a resultados distintos a los que se llegó en aplicación de esa regulación administrativa propia. Debe, pues, tenerse muy en cuenta que cualquier especialidad administrativa existente, aunque choque con los principios comunes del Derecho de sucesiones, tiene que ser cumplida escrupulosamente; lo contrario, puede acarrear incluso la caducidad de la concesión, como ha reconocido también la jurisprudencia (cfr. Dict. del C. de E. de 8 de junio de 1961).

(72) Puede verse citada en VILLAR PALASÍ, voz *Industria*, «NEJS», XII, págs. 409 y ss., en concreto en pág. 425, por nota.

3. Nuestro Derecho positivo se muestra extraordinariamente parco a la hora de regular la transferencia por vía sucesoria de las concesiones. La legislación general guarda un absoluto silencio, tanto la referente a concesiones de dominio público (LPE, RBEL), como la reguladora de las concesiones de servicio (RSCL, LCE). Sólo puede en este momento traerse a colación el artículo 75 de la LCE, precepto por otra parte de redacción desdichada, puesto que parece sugerir que, en principio, y salvo que expresamente lo autorice la legislación sectorial, la concesión se extingue por la muerte del concesionario. Tendremos ocasión, por el contrario, de corregir esta interpretación literalista, que conduciría a resultados desproporcionados y perturbadores.

Es en la legislación sectorial donde puede hallarse una regulación algo más detallada. A veces, se trata tan sólo de una alusión: el artículo 17 de la ley de cultivos marinos habla en general de «transmisión, cesión o gravamen» de concesiones; pero hay que entender incluye la hereditaria, por cuanto su segundo párrafo cita a «los adquirentes, cesionarios o herederos». En otras ocasiones, la regulación es más detallada, pudiendo citar así, a modo ejemplificativo, las siguientes:

El artículo 39 del Reglamento de almadrabas, de un lado, obliga al concesionario a otorgar un poder *post mortem*, a designar un apoderado que, conforme al artículo 290 del C. de c., se entienda con la Administración hasta la finalización del proceso sucesorio; norma singular que creo podría utilizarse también en otros tipos de concesiones. Por otra parte, obliga a los herederos a notificar su condición de tal, y su deseo de continuar la explotación, en las mismas condiciones del causante; en otro caso, procede la *rescisión* de la concesión. Por su parte, el artículo 21 del RTC obliga al heredero a solicitar la correspondiente autorización a la Administración, y, si transcurren dos años sin esta solicitud, procede la caducidad de la concesión. Análogo es el sistema que sigue el RTel (art. 25): en un año desde el fallecimiento del concesionario, los herederos deben solicitar la autorización de sustitución; caso de no hacerse, conlleva una sanción pecuniaria, y, si en todo caso no se realiza en el plazo de dos años, se incoará expediente de caducidad de la concesión.

El artículo 124 del Regl. de minas concede al heredero el plazo de un año para obtener la autorización; si no se obtiene dispone de otro plazo de un año, prorrogable por causas justificadas, para transmitir la concesión a otra persona (lo que presupone que la

concesión ya se ha adquirido), caducando la concesión si transcurre este último plazo sin cumplirse sus previsiones. Análogo sistema adopta el artículo 39 del Regl. de gasolineras: obligación de notificar el fallecimiento en el plazo de doce meses, y concesión al heredero de otro plazo, de seis meses, para transmitir a tercero la concesión, si él mismo no obtiene la autorización. En cuanto a las concesiones de radioemisoras, desdichadamente la vigente legislación no contiene, a diferencia de la anterior (D. de 9 de julio de 1954) reglas específicas en orden a la transferencia de concesiones.

4. De este panorama legislativo puede inferirse, como confirmación al punto de partida adoptado, la transmisibilidad general por causa de muerte de toda clase de concesiones. En cuanto a las demaniales, ni siquiera es preciso justificarlo; su carácter de derecho real, cuasiprivado, así lo proclama paladinamente. En cuanto a las de servicio, puede ofrecer mayores dificultades, pero la respuesta afirmativa se impone: en la esfera local, ante el silencio del RSCL, la doctrina es concorde (73) en aplicar subsidiariamente el artículo 68 del Reglamento de contratación, lo que conduce a la plena admisión de esta transmisibilidad.

En la esfera central, una primera interpretación literalista del artículo 75 LCE pudiera hacer pensar que sólo si un precepto expreso de la normativa sectorial lo autoriza puede considerarse transmisible la concesión por causa de muerte. Pero parece preferible partir del punto de vista opuesto, y considerar toda concesión de servicio como transmisible *mortis causa*, y ello por varias razones: a) Por la crítica desfavorable que en general merece la LCE como normativa básica de la concesión de servicio, a que antes se aludió; b) Porque es lo más acorde con los principios generales en orden a la dogmática de las concesiones; c) Porque la remisión en bloque a la legislación sectorial que realiza el artículo 75 LCE permite pensar que, si del sistema general de ésta se deduce la posibilidad de transmisión, no es preciso que exista un precepto especial que así lo diga; d) Porque siempre será invocable la aplicación analógica de las leyes sectoriales que sí contengan este precepto específico; e) Porque incluso puede obviarse el obstáculo del texto literal del artículo pensando que, cuando la legislación particular admite la transmisión, sin más, de la concesión (como la admiten casi todas), esta transmisión comprende tanto la *inter vivos* como la

(73) LÓPEZ PELLICER y SÁNCHEZ DÍAZ, *La concesión...*, cit., pág. 149; siguiéndoles DOMÍNGUEZ-BERRUETA, *El incumplimiento*, cit., pág. 458.

mortis causa, aunque no se diga expresamente. No parece, en fin, que el artículo 75 LCE constituya una barrera infranqueable para poder concluir, con la mayoría de la doctrina, en la plena transmisibilidad *mortis causa* de las concesiones de servicio, lo que, por otra parte, ha sido reconocido sin vacilar por la jurisprudencia (74).

5. Si del terreno de los principios generales descendemos al de sus aplicaciones concretas, no parece que, en el ámbito de las *concesiones demaniales*, se presenten excesivas dificultades. Las concesiones de dominio público, salvo aquellas cuyas normas privativas señalen lo contrario (concesiones mineras, p. ej.) son libremente transmisibles por causa de muerte, sin más requisito que la notificación que el adquirente heredero o legatario debe realizar a la Administración, a fin de que por ésta se le tenga por concesionario a todos los efectos legales. Pese al silencio legal, entiendo que esta notificación es preceptiva: así lo impone la propia naturaleza de la concesión como relación jurídica bilateral. La fundamental condición de «parte» en la relación concesional sólo puede ser atribuida por la Administración, y para ello es imprescindible que le sea comunicado formalmente el traspaso de la concesión, poniendo en su conocimiento el hecho que lo motiva; en la transmisión *inter vivos*, un negocio jurídico; en la por causa de muerte, un hecho, el fallecimiento del concesionario. Desde el punto de vista jurídico-positivo, esta obligación puede fundamentarse, en última instancia, en la aplicación supletoria del artículo 103 de la LOP, en el que hay que ver no sólo una regla jurídica concreta, sino la plasmación positiva de un principio general común a todo el mundo concesional.

Por otra parte, entiendo que el juego de esta notificación es similar al que se produce en la transmisión entre vivos. Aquí sí creo que se pueden trasplantar sin violencia las conclusiones antes obtenidas, sin más que sustituir el acto jurídico traslativo por la muerte del concesionario. Ocurrido el fallecimiento, la transmisión de la concesión se verifica, por aplicación de los artículos 440 y 657 del

(74) A veces, incluso, con excesiva generosidad, como en el caso contemplado en el Dict. C. de E. de 18 de octubre de 1962. Los herederos del concesionario fallecido habían constituido entre todos una sociedad anónima, a la que habían aportado la concesión; el alto cuerpo consultivo lo admitió expresamente. Por mucha beligerancia que quiera darse a la transmisibilidad de la concesión, y aunque se minusvalore el formalismo de la personalidad jurídica, es difícil dejar de pensar que en el supuesto contemplado había dos transmisiones sucesivas de la concesión: una *mortis causa*, a los herederos, y otra posterior, *inter vivos*, de éstos a la sociedad. La postura del C. de E. fue extraordinariamente amplia y generosa, y por tanto no la creo defendible con carácter general.

CC, y el heredero o legatario adquiere la condición de concesionario. El control administrativo se realiza *a posteriori* y, como en el caso anterior, se trata de una actividad reglada, encaminada a determinar si el heredero reúne los requisitos exigibles de capacidad jurídico-administrativa. Asimismo, las consecuencias jurídicas de la denegación por la Administración de la cualidad de concesionario al adquirente, serían idénticas a las ya examinadas. En una palabra, creo que toda la doctrina expuesta en orden a la exigencia de notificación, efectos de la misma, consecuencias de su omisión en los órdenes civil, notarial y registral, y situación jurídica de las partes, son en este punto plenamente aplicables. En cuanto a los efectos que pueden producirse, dependiendo de las peculiaridades concretas de cada sucesión (heredero único, pluralidad de herederos, legado), en el caso de denegación por la Administración, serán examinados más adelante.

6. Muy diferente es la situación de las concesiones de servicio (y de las demaniales a ellas asimiladas). La regla general es idéntica: necesidad de autorización administrativa para la transmisión; pero por fuerza esta autorización tiene que tener un sentido distinto al que vimos tenía en las transmisiones entre vivos. Coincide con aquélla en que se trata de una actividad discrecional de la Administración (no siempre: en la concesión minera, p. ej., es reglada), mediante la cual ésta controla no ya la simple capacidad del adquirente, sino tiene en cuenta sus personales condiciones de idoneidad técnica y económica, en aras a la adecuada prestación del servicio público de que se trate.

Ahora bien, no puede decirse que este control administrativo se verifique *ex ante*, como en las transmisiones entre vivos. En éstas, el mecanismo de la autorización implicaba el que, en definitiva, la transmisión nunca pudiera entenderse consumada hasta tanto la autorización recaía; en el Derecho sucesorio, por el contrario, la transmisión se produce por el mero hecho de la muerte, en tanto que la autorización surge posteriormente, a veces muy posteriormente (recuérdense los largos plazos contenidos en las normas antes citadas). Pues bien, a lo largo de todo este dilatado período, es evidente que la concesión subsiste y que el servicio público sigue funcionando con normalidad; y que, como es forzoso que exista un titular, éste no puede ser otro que el heredero. Y las vicisitudes ulteriores en orden a la obtención o no de la autorización, no afectan a la plena vigencia de la relación concesional en este período inter-

medio: en todo caso, los actos del heredero realizados *pendente approbatione* serán válidos y eficaces, frente a los usuarios del servicio, frente a terceros y también frente a la propia Administración, en tanto no exista una violación concreta de algún precepto jurídico (p. ej., dejar transcurrir los dos años que señala el art. 21 RTC).

Por ello, desde un punto de vista doctrinal, creo que es incorrecto decir, como a veces se dice, que la transmisión de la concesión por causa de muerte está sujeta a autorización, porque la transmisión se produce por el simple hecho de la muerte, y ésta no puede ser autorizada. Nadie puede pedir autorización para morir. La expresión es correcta en el ámbito de las transmisiones entre vivos, donde si no se obtiene, sí cabe decir que la cesión no se produce; pero en materia sucesoria, la transmisión se ha producido fatalmente, y las consecuencias jurídicas de la autorización deben buscarse por otro camino. Por ello, esta sedicente autorización en las transmisiones *mortis causa*, en cuanto acto administrativo típico, se asemeja más a lo que la doctrina llama actos de aprobación (75) que a las auténticas autorizaciones.

Si, en definitiva, la autorización, antes o después, es obtenida por el heredero o legatario, los problemas desaparecen. En este caso, y aunque el acto administrativo no lo diga expresamente, es forzoso pensar que los efectos del mismo se retrotraen al momento de la muerte del causante, considerándose así que el sucesor ha sido concesionario siempre, desde ese mismo momento (*eficacia ex tunc*). Por el contrario, como antes se dijo y como asimismo sostiene algún autor (76), si solicitada la autorización, ésta en definitiva no se logra y la concesión se extingue, la eficacia de esta denegación hay que sostener que no será retroactiva (*eficacia ex nunc*), debiendo salvarse la validez del período que va desde la muerte del causante hasta la denegación de la autorización. No veo posibilidad alguna de impugnar, p. ej., los contratos celebrados por el concesionario con los usuarios del servicio durante este período. En todo caso, hasta que la Administración no declare extinguida la concesión, ésta subsiste en toda su plenitud y produce todos sus efectos.

Es perfectamente posible que, transcurridos todos los plazos legales, el heredero o legatario no obtenga la pertinente autorización, ni ejerce la posibilidad que algunas normas le conceden de

(75) Sobre la aprobación y sus diferencias con la autorización, F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, I, 4.ª ed., 1966, págs. 448 y ss.

(76) CANO TELLO, *Algunos aspectos civiles...*, cit., pág. 1413.

enajenar a tercero la concesión. Para tales casos, es evidente que lo procedente es la extinción de la concesión, al igual que ocurría en las transmisiones *inter vivos* no autorizadas; pero esta extinción tiene que ofrecer perfiles propios, como consecuencia de la singularidad de la causa que la motiva. Baste pensar que el hecho decisivo determinante de la caducidad, como medio extintivo propio, en las transferencias entre vivos lo constituía el dato del incumplimiento voluntario y culpable de un deber jurídico específico del concesionario, el de prestar el servicio por sí mismo. Es decir, la declaración de caducidad implicaba una sanción a una conducta culpable del concesionario, que suponía la infracción de un deber específico que la ley impone (cfr. art. 128 RSCL). Se trataba por ello de una caducidad-sanción, que acarrea en el terreno indemnizatorio fatales consecuencias.

Distinto matiz presenta el caso actual. No puede hablarse de conductas culpables, ni de deberes jurídicos, ni de infracciones de ningún tipo. La transmisión se produce en base a un hecho jurídico fortuito, como es la muerte: no hay transgresión culpable de ninguna obligación legal, por lo que las consecuencias jurídicas de la denegación de la autorización tienen que ser también diferentes; a salvo el caso de que el adquirente *mortis causa* infrinja por sí alguna obligación propia, tal como la de solicitar la autorización en el plazo legal.

Desde un punto de vista doctrinal, la solución que mejor se acomodaría al supuesto de hecho sería indudablemente la de entender que, en tales casos, lo que procedería sería el rescate de la concesión por la Administración; rescate que, como es sabido, en cuanto extinción de la concesión antes del vencimiento del plazo por voluntad de la Administración, acarrea plenos efectos indemnizatorios; el rescate no es más que una modalidad expropiatoria, en último término. No obstante, la dicción literal de los textos legales impide adoptar esta generosa (para el concesionario) solución; es forzoso concluir que la caducidad es la modalidad extintiva aplicable, por expresa imposición legal. Ahora bien, no se trata de una caducidad-sanción, por lo que sus efectos serían distintos a los de la caducidad aplicable a las transmisiones *inter vivos* no autorizadas; aquí sí tendría derecho el heredero o legatario a cierto resarcimiento patrimonial, inferior al del caso del rescate, pero superior al procedente en el de caducidad declarada como sanción a un incumplimiento. Para la determinación concreta de ese alcance indem-

nizatorio, es forzoso una vez más remitirse a la doctrina y jurisprudencia administrativas que se han ocupado del tema (77).

7. Las singularidades de la figura jurídica de la concesión, sea demanial o de servicio, puede repercutir, según los casos, en el mecanismo de la sucesión *mortis causa* del concesionario. Obviamente ello no será así si la autorización administrativa se obtiene al fin, o si la Administración concluye por homologar la transmisión, una vez notificada. Pero por el contrario, la extinción sobrevenida de la concesión por caducidad puede, dependiendo de las circunstancias concretas de la sucesión de que se trate, originar situaciones peculiares que inciden en la normal evolución de la misma. En este terreno las posibilidades son incontables, por lo que sólo cabe aludir, siquiera sea a vuelapluma, a las situaciones más frecuentes en la práctica.

No surgen problemas si el heredero es único, esto es evidente. Tampoco si la concesión ha sido objeto de legado; en tal caso, el legatario sufrirá la pérdida de la concesión y hará suya la indemnización que corresponda, sin que pueda reclamar nada al heredero. Las dificultades comienzan en el caso de atribución en pago de la legítima, por cualquier título. Pese a que el tema se presta a discusión, entiendo que el legitimario que, como consecuencia de la caducidad de la concesión, vea reducido su haber sucesorio por debajo de lo que como tal legitimario le hubiera correspondido, podrá pedir el complemento de legítima, mediante el ejercicio de la acción de suplemento. El carácter imperativo y forzoso de las legítimas en nuestro sistema sucesorio así lo impone. Respecto de la sustitución fideicomisario, ya antes quedó constancia de las especialidades que lleva consigo.

Las dificultades más agudas se suscitan en sede particional, si existen varios herederos. Naturalmente, no si la partición ha sido hecha por el propio testador, en cuyo caso el único límite vuelve a ser el de la legítima; pero sí en la partición verificada por los propios herederos. ¿Cuál sería la posición del coheredero a quien se ha adjudicado la concesión que después se declara caducada? En tanto la declaración de caducidad no sea firme, estimo que debe otorgarse a los coherederos la facultad de, de común acuerdo, rectificar la partición, adjudicando la concesión a otro de ellos que esté en condiciones de obtener la autorización. Pero el problema

(77) Cfr., p. ej., la citada en la nota 50

grave se plantea ante la falta de acuerdo entre los coherederos: ¿Podría el adjudicatario perjudicado reclamar a los demás, o tendría él que soportar los perjuicios derivados de la caducidad de la concesión?

La cuestión, vidriosa y complicada, no puede resolverse en términos generales, dependiendo de la mala o buena fe del adjudicatario y de los restantes coherederos. Lo que en todo caso parece claro es que los criterios aplicables deben ser suministrados por el puro Derecho civil, y, en concreto, por la teoría del negocio jurídico en general y de la partición hereditaria en particular. La partición, en cuanto negocio jurídico, es impugnable en base a los motivos que la teoría general del negocio jurídico contempla (error, dolo, ilicitud en la causa, etc.), aparte de las causas específicas de esta clase de negocios (rescisión por lesión, art. 1.074 CC). Será a la vista de las circunstancias concretas de cada partición, por vía interpretativa, cuando podrá deducirse si existe algún tipo de acción que el coheredero adjudicatario puede ejercitar, con arreglo al más puro Derecho civil. En términos abstractos y salvo que otra cosa se desprenda del negocio jurídico concreto, mi postura es en principio negativa, y será el adjudicatario el que deba soportar el perjuicio y el que percibirá las correspondientes indemnizaciones.

El hecho de que en definitiva haya que acudir a la voluntad negocial para solventar la cuestión hace que sea extraordinariamente aconsejable la mayor cautela notarial en la redacción de particiones, teniendo prevista la posibilidad de que la autorización sea denegada y las consecuencias que en tal caso se produzcan. En el supuesto de que la partición se verifique antes de la autorización, que será lo normal, la labor asesora notarial aconsejará a las partes en orden a la previsión de las consecuencias que al adjudicatario acarrearía la no obtención de la autorización, y a los remedios de evitarlas. En un campo en que los efectos jurídicos van a depender de la voluntad de las partes, la forma concreta en que el Notario plasme esa voluntad resultará decisiva. De ahí el que todo celo y todo cuidado que se pongan en el consejo a los comparecientes y en la redacción de la escritura serán pocos, y de ahí el que estemos ante un ejemplo más de lo fecundo y lo provechoso que para el interés de los particulares, y de la misma Administración puede ser el ejercicio correcto de la función notarial.

VI. GRAVAMEN DE LA CONCESIÓN

Las concesiones administrativas, tanto las demaniales como las de servicio, desde el punto de vista del particular, constituyen un derecho que, como tal, tiene un valor patrimonial y es susceptible de tráfico jurídico-privado. Tal es el punto de vista que venimos adoptando. Dentro de este tráfico privado es indudable que la concesión puede ser objeto no sólo de actos traslativos, sino también de negocios constitutivos de derechos reales sobre la misma. La concesión puede no solamente venderse, sino ser objeto de usufructo, de un derecho de opción, de hipoteca (las concesiones inscribibles), y, en general, de derechos reales sobre ella.

Generalmente, y si hacemos abstracción de la hipoteca, que sí ha originado abundante literatura jurídica, se trata de aspectos poco estudiados, deficientemente regulados en el Derecho positivo y con escasa jurisprudencia. Las escasas normas que aluden al tema, se limitan a añadir la palabra «gravamen» o «gravados», cuando hablan de la transmisión, pretendiendo aplicar en bloque la doctrina vigente en materia de transferencias a los actos de gravamen (p. ej., art. 17 de la ley de cultivos marinos, arts. 119, 123, del Regl. de minas, y algún otro); y en términos análogos se manifiesta la doctrina usual. Parecería, por tanto, que el problema está resuelto de antemano, bastando con una remisión en bloque a las ideas ya expuestas en orden a la transmisión de concesiones, que serían íntegramente aplicables al caso de la constitución de *iura in re aliena*.

Esta posición, imprecisa y acrítica, debe ser descartada. Como veremos, la *ratio legis* de la intervención administrativa en la transmisión de concesiones no tiene aplicación en los actos de gravamen, que contemplan, por otra parte, supuestos de hecho muy diferentes entre sí. Por ello es forzoso distinguir las diferentes posibilidades, lo que va a hacerse diferenciando dos grandes grupos de derechos reales, entre los cuales tendrán cabida todos los casos posibles, y que exigen un tratamiento separada y, a mi juicio, profundamente distinto.

A) *Derechos reales de goce*

En cuanto a este tipo de derechos reales (concretamente el usufructo, ya que la habitación es imposible y el uso, difícilmente

admisibles a más de tener escasa virtualidad práctica), creo que es defendible la posición contenida en esta sencilla regla: la constitución de un derecho de usufructo sobre una concesión se considera acto traslativo y está sujeto a la necesidad de autorización administrativa (o notificación, según los casos). Aquí sí es defendible la aplicación *in totum* de las reglas vigentes para las transmisiones ordinarias entre vivos; intentaré demostrarlo acto seguido.

Partimos de la siguiente premisa: en toda concesión administrativa existe una dualidad de partes, concesionario y Administración pública. No puede ser indiferente a ésta la cualidad de la persona que gestione el servicio público o utilice del dominio público, ya que en ambos casos, con más fuerza en el primero, está presente el interés general por cuyo cumplimiento debe velar la Administración. De ahí que se imponga reconociendo el legítimo derecho, la necesidad de un control, previo o posterior, de la Administración sobre la persona del concesionario, sobre la otra «parte» en la relación concesional.

Si esto es así, las condiciones personales del usufructuario tienen una relevancia importante en el desarrollo de la vida de la concesión. En la regulación civil del usufructo al usufructuario corresponden importantes facultades de goce y de gestión y administración de la cosa usufructuada, facultades que en el caso de la concesión administrativa repercuten indudablemente en las relaciones externas, frente a terceros, y que la Administración debe poder controlar. No cabe decir que la cualidad de concesionario recae exclusivamente en el nudopropietario, único que tendría personalidad administrativa, y que las relaciones entre éste y el usufructuario quedan al margen de la Administración; para ésta, dada la peculiar posición del usufructuario, tiene el máximo interés la situación personal del mismo, pues la actuación concreta que éste desarrolle incide inmediatamente en la gestión del servicio público. El usufructuario no es tercero en la relación concesionario-administración, sino parte; y la condición de parte en esa relación sólo puede atribuirse a la Administración.

Por ello en algunas normas administrativas reguladoras de tipos concesionales aparece la expresión «gravados» o «gravamen». Lo que interesa a la Administración es controlar a la persona que ostenta esa potestad-función pública que la concesión implica; y en cuanto al usufructuario, por su condición de tal, puede interferirse en el contenido concesional, su persona tiene que estar controlada

administrativamente. En este caso, como en otros, se comprueba una vez más cómo tenía razón ROCA SASTRE cuando apuntaba que el usufructo, más que un simple derecho real sobre cosa ajena, tenía la cualidad de auténtica *pars dominii*, era parte del propio dominio. Del usufructuario cabe decir que si no es un verdadero concesionario, es al menos un cuasiconcesionario, por lo que la constitución del usufructo sobre la concesión exige autorización administrativa, o en su caso notificación posterior, en los mismos términos y con idéntico alcance que la genuina y verdadera transmisión de la concesión. Es más, pienso que en estos casos la cualidad personal relevante para la Administración es la del usufructuario, quedando la del nudo propietario desdibujada y oscura hasta el momento de extinción del usufructo.

B) *Derechos reales de garantía*

A conclusiones radicalmente distintas hay que llegar en orden a los llamados derechos reales de garantía, a los que habría que equiparar los de preferente adquisición (opción). La hipoteca, como paradigma de derecho real de garantía, no confiere en principio facultades de goce sobre los bienes hipotecados; por ello para la Administración es indiferente la personalidad del acreedor hipotecario e incluso la misma existencia de la hipoteca, que nunca podrá perjudicarle. Hay que partir de la base, por ello, de que la constitución de hipoteca es un acto libre del concesionario, que como tal no exige ninguna clase de autorización administrativa.

La cuestión, sin embargo, no es totalmente pacífica en nuestra doctrina. CANO TELLO (78) se muestra partidario en general de la exigencia de autorización administrativa para la hipoteca de concesiones, en forma análoga a la exigible para los actos de transmisión. Parte este autor de la legislación minera, para señalar que aunque el art. 119 del Regl. de minas (se refiere al de 1946) es uno de los pocos textos legales que hablan del gravamen de la concesión, exigiendo el requisito de la autorización administrativa, la misma doctrina puede aplicarse a las demás concesiones, dado que

(78) Cfr. *La hipoteca de concesiones administrativas*, 1973, pág. 131 (sobre esta obra, mi *recensión* en «REDA», 4, 1975, págs. 153 y ss.). También, aunque con ciertas vacilaciones, VILLAR EZCURRA (*Los teleféricos...*, cit., pág. 292), para las concesiones de teleféricos, piensa que, pese al silencio legal, es necesaria autorización administrativa para la hipoteca de esas concesiones.

existe identidad sustancial en los supuestos y ausencia de una regulación específica.

Mi punto de vista, coincidente por lo demás con la mayoría de la doctrina (79), es justamente el contrario. No se puede pretender aplicar analógicamente un precepto que, en el sistema general de concesiones administrativas, resulta excepcional y anómalo. La regulación en esta materia de la concesión minera constituye una excepción, por cuanto contradice la regla general aplicable a las concesiones demaniales, exigiendo autorización donde en general sólo se precisa una simple notificación; por ello no es extrapolable a otro tipo de concesiones. Y si recordamos cuál es la finalidad de estas autorizaciones, el control por la Administración de la condición de parte en la relación concesional, no parece que al acreedor hipotecario pueda considerársele como tal parte. Los problemas podrán surgir y surgirán a la hora de la ejecución hipotecaria, pero en la fase de constitución no hay por qué exigir unos requisitos que ni la ley impone ni responden al espíritu y finalidad de la norma. La legislación minera, como alguna otra norma excepcional que pudiera citarse (ej., art. 48 de la ley de ferrocarriles de 3 de junio de 1855) sólo son aplicables al estricto ámbito de las figuras concesionales que reglamentan. Para las demás, a falta de norma expresa, hay que concluir en la no exigencia de requisitos administrativos especiales para la constitución de la hipoteca.

Incluso en alguna ocasión se ha pretendido (80) excluir de esta necesidad de autorización a la misma concesión minera. Sea cual fuere la solución aplicable a la legislación anterior, a la vista sólo del texto de la L.Min. (arts. 95 y 96) podría quizá sostenerse que en la misma no se incluía la hipoteca de la concesión, y que la palabra «gravamen» se refería sólo a los derechos reales de goce; pero el art. 123 del Regl. ya alude claramente al «acreedor» del gravamen, y esta alusión sólo puede referirse al acreedor hipotecario. Por ello, si bien esta interpretación es más concorde con los principios generales aplicables a la constitución de derechos reales sobre concesiones administrativas, para aceptarla habría que forzar demasiado el tenor literal de los textos positivos, lo que no parece viable. Hay que concluir, pues, afirmando la no necesidad de auto-

(79) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, cit., IV, 1, pág. 438; MARTÍN OVIEDO, *Transferencia, hipoteca...*, cit., págs. 318-9, citando en contra un Dict. C.E. de 5 de diciembre de 1952.

(80) VILLAR PALASÍ, *Naturaleza y regulación de la concesión minera*, cit., pág. 114.

rización o notificación en general, pero dejando a salvo los supuestos en que algún precepto positivo concreto, como los ya citados, así lo establezca. En estos casos será, pues, aplicable la doctrina general en orden a las transmisiones entre vivos antes expuesta, si bien, dado el carácter constitutivo de la inscripción registral en la hipoteca y la desaparición del art. 98-3 y 4 del R.H., ésta no nacerá hasta que, en todo caso, la autorización sea concedida, ya que no hay posibilidad legal de que la inscripción se practique sin ese requisito. Los arts. 100 y 101 de la L.Min. no tienen aplicación a la garantía hipotecaria.

Por las mismas razones apuntadas estima que no es exigible, en general, al acreedor hipotecario los mismos requisitos de capacidad que al concesionario. Como es sabido, es principio básico en materia de transmisión de concesiones que el adquirente debe reunir la plena capacidad jurídico-administrativa para ser concesionario, en la misma forma que el transmitente; en las concesiones demaniales, ya vimos que la falta de capacidad era el único posible motivo de denegación de la cualidad de concesionario al cesionario de la concesión; lo que resulta perfectamente congruente con la naturaleza básica de la concesión administrativa como relación jurídica bilateral, y con el aspecto de función pública que toda concesión comporta.

Al no ser el acreedor hipotecario parte de la relación concesional, los problemas de su capacidad son ajenos a la Administración, quedando entregados al puro Derecho privado general; y ello es así, creo, en toda clase de concesiones, debiendo ser superada la dicción literal de algunos textos positivos concretos, como el art. 119 Regl. Min., que parece conducir a resultados opuestos (81). Así, ARCENEGUI (82) pone de relieve que el acreedor hipotecario no detenta la titularidad de la concesión, que permanece en manos del deudor hipotecado de acuerdo con la propia naturaleza jurídica de la institución; cuando se transmite o arrienda la concesión, el adquirente o arrendatario va a explotarla, lo que no sucede con el acreedor hipotecario, y es la explotación y la persona que la lleva a cabo lo que interesa en la legislación minera. También VILLAR EZCURRA (83) señala que carece de sentido que el art. 199, 1 Regl.

(81) LUCAS FERNÁNDEZ, en *La nueva propiedad minera*, cit., págs. 227-8, cree que el acreedor hipotecario ha de ser persona que reúna los requisitos para ser titular de derechos mineros.

(82) *El demanio minero*, cit., pág. 133.

(83) *Régimen jurídico de las aguas minero-medicinales*, también ya cit., pág. 74.

Min. (es una evidente errata por 119) imponga al acreedor la necesidad de cumplir con los requisitos para ser titular de un aprovechamiento; el tenor literal de la ley debe, para este autor, dejar paso a la *ratio legis* y, por ello, tener como irrelevantes las condiciones subjetivas de un eventual acreedor hipotecario.

Concluimos, pues, afirmando que la hipoteca de concesiones administrativas, a salvo la existencia de normas concretas y expresas para ciertos tipos de concesiones, que deben ser respetadas, no ofrece especialidades respecto de las demás clases de hipotecas, rigiéndose íntegramente por las normas civiles e hipotecarias generales. Esto referido, *cela va sans dire*, al acto de su constitución, único relevante para nosotros; en cuanto al desarrollo de la vida de la hipoteca, y en especial en el momento de su ejecución, sí ofrece la hipoteca de concesiones interesantes particularidades, respecto de las que es obligado limitarse a una remisión a los autores que se han ocupado del tema (84).

C) *Otros derechos reales*

La doctrina general de los derechos reales sobre cosa ajena recae sobre concesiones administrativas no se limita al ámbito de la hipoteca, aspecto éste casi el único contemplado por la doctrina, sino que tiene interesantes aplicaciones en la práctica a las más diversas situaciones jurídicas. Como simple botón de muestra de la exactitud de esta afirmación, voy a referirme ahora, aun a riesgo de abusar de su paciencia unos minutos más, al problema tan de actualidad y tan apasionante de la articulación jurídica del derecho de los usuarios de los puertos deportivos, conocido ya en la doctrina como «derechos de amarre» o «derechos de atraque».

No parece ahora necesario detenerse en el planteamiento general de la cuestión, lo que ya ha sido realizado con toda competencia por algún autor (85); será suficiente decir que, dentro del extenso mundo de la Administración pública portuaria, entre la multiplicidad de concesiones posibles, nos limitamos a contemplar las llamadas concesiones para la construcción y explotación de puertos deportivos, reguladas en nuestro Derecho específicamente

(84) Bastará aquí la cita del libro, ya antes citado, de Esteban ARIMANY, *La reversión de instalaciones...*, págs. 111 y ss., quien, en la nota 187 de la pág. 111 recoge abundante bibliografía sobre estas cuestiones.

(85) C. UTRERA RAVASSA, *Aspectos registrales...*, cit.

por la Ley de 26 de abril de 1969, su Reglamento de 26 de septiembre de 1980 y, con carácter supletorio, por la legislación general de puertos. Concesiones éstas que, dentro de nuestro esquema, hay que calificar como concesiones de servicio, concretamente concesiones mixtas de obra y servicio. Indudablemente, existe un aspecto demanial, puesto que el puerto construido tiene la condición de bien de dominio público; pero, una vez concluida la fase inicial de construcción de la obra, el elemento definitorio de la concesión está más en la gestión del servicio que en el uso del dominio público. El texto del art. 12 del Reglamento así lo corrobora, al decir que todos los puertos construidos mediante concesiones otorgadas con arreglo a esta ley, serán instalaciones de servicio público, reguladas por los Reglamentos de explotación y tarifas que se determinen. La concesión, pues, es en último término calificable como concesión de servicio, con todas las importantes consecuencias que ello lleva consigo. No obstante, al llevar ínsita la concesión del dominio público necesario para la prestación del servicio (el puerto como realidad física), tiene carácter real inmobiliario y es indudablemente inscribible en el Registro de la Propiedad.

El concesionario, una vez concluida la construcción del puerto, gestiona el servicio público mediante el uso de propio puerto por particulares que en él amarran sus embarcaciones. Estas relaciones jurídicas concesionario-usuario tienen la naturaleza propia de las de todo usuario de servicio público, situación ésta que la doctrina ha clarificado en forma suficiente y en la que no parece necesario insistir (86). La validez y eficacia, en el terreno obligacional, de tales relaciones no ofrece duda; lo interesante es indagar la posibilidad de configurarlas con eficacia real, de que constituyan un verdadero derecho real, y con ello tengan acceso al Registro de la Propiedad.

Un primer obstáculo al pretendido carácter real de esta situación del usuario del puerto está en el propio Reglamento de 1980. Su art. 12, ya citado, ordena que, en los reglamentos de explotación y tarifas de cada puerto, en ningún caso se contemplen *usos exclusivos*, y sí sólo derechos de *uso preferente*, que el propio precepto

(86) No parece por ello que tenga sentido la polémica de que el propio UTRERA (pág. 380, por nota) da cuenta en orden al carácter público o privado de la relación concesionario-usuario, cuestión ésta ya suficientemente esclarecida en la moderna doctrina administrativa: cfr., por ej., ESCRIBANO COLLADO, *El usuario ante los servicios públicos: precisiones acerca de su situación jurídica*, núm. 82 de esta REVISTA (1977), págs. 113 y ss., y autores allí citados, a los que puede añadirse, como posterior, VILLAR EZCURRA, *Servicio público y técnicas de conexión*, 1980, esp. págs. 255 y ss. ■

llama amarras de base, para diferenciarlas de las amarras de tránsito. Si lo que caracteriza a todo derecho real es justamente su exclusividad, mal puede predicarse esta cualidad de la posición del usuario del puerto, pues se halla en principio excluida *ex lege*.

En nuestra legalidad vigente, es, pues, dudoso que pueda articularse con carácter real y acceso registral la posición del particular usuario, titular del derecho de amarre. No obstante, si huimos de prejuicios dogmáticos para centrarnos en las necesidades de la vida práctica, no debe darse a este requisito excesivo alcance; cabe interpretar en forma elástica el art. 12 del Reglamento, pensando que esa preferencia en el uso que el mismo contempla es suficiente base para conferir la nota de inmediatividad, y la de ejercicio *erga omnes*, que caracterizan en general a los derechos reales. Aceptado esto, y despejado el primer obstáculo, es necesario, no obstante, precisar cómo se configura este sedicente derecho real.

Las diferentes posibilidades son expuestas con detalle por UTRERA RAVASSA en su trabajo citado (87); a nuestros efectos son todas ellas subsumibles en dos grandes grupos: la organización de una comunidad o cotitularidad de concesionarios (con múltiples variantes que señala UTRERA), y la configuración del usuario como titular de un derecho real sobre cosa ajena, siendo esta cosa ajena la concesión portuaria, variante ésta que me parece preferible.

En efecto, estas asociaciones o comunidades no deben prosperar; entiendo que suponen una adaptación de figuras privatistas que olvidan el peculiar objeto sobre el que recaen, que es una concesión administrativa. Desnaturalizan la figura de la concesión e incluso la propia del servicio público; convierten al usuario en concesionario, con olvido de los perfiles propios de las figuras de uno y otro, chocan frontalmente con el principio básico de la indivisibilidad de la concesión, por muy en crisis que este principio esté (88) y suponen en definitiva una privatización injustificada del servicio público; todo ello aparte de las dificultades de tipo práctico que lleva consigo la transmisión de cuotas de concesión que, como tal transmisión, y tratándose de una concesión de servicio, estaría sujeta a autorización. Autorización que es dudoso que pudiera obtenerse en la práctica, aunque obviamente ello dependería de las circunstancias concretas de cada caso.

(87) Páginas 381 y ss.

(88) La S.T.S., sala 3.ª, de 25 de abril de 1977, antes ya citada a otros efectos, admite francamente la pluralidad de titulares de una concesión de marismas, citando en el mismo sentido el Dict. C.E. de 5 de diciembre de 1952.

Parece más acertado construir el derecho del usuario como un simple derecho sobre cosa ajena. Y en esta dirección, no veo más que una disyuntiva posible: o entendemos que tal derecho, al no tener encaje propio en ninguno de los derechos reales típicos que nuestro Ordenamiento conoce, es en realidad un derecho real atípico, admisible al amparo del sistema de *numerus apertus* vigente, con todas las limitaciones que se quiera, hoy en España; o intentamos encajarlo en los moldes de alguno de los derechos reales que ya conocemos. Y si optamos por esta segunda dirección, no veo más camino que considerar tales derechos de atraque como servidumbres.

Servidumbre que no es la clásica servidumbre predial que regula el CC, sino una de las llamadas servidumbres personales. Como es sabido, desde la publicación en 1936 del conocido trabajo de OSSORIO MORALES (89), la doctrina civilista española común (90) admite sin vacilar la existencia en nuestro Derecho de este tipo de servidumbres. Se constituiría así como servidumbre a favor de una persona determinada (el usuario), por tiempo indefinido (o por la misma duración del plazo concesional) y sería transmisible a terceros e incluso hipotecable, pues es evidente que no se vería afectada por la prohibición del art. 108-1.º LH. La vieja categoría de la servidumbre puede en este caso, como en tantos otros, seguir prestando inestimables servicios; en el presente caso, entiendo que satisface plenamente las necesidades que la realidad práctica exige satisfacer a la hora de dar carácter real al derecho que el concesionario de puertos deportivos confiere a los particulares de usar el mismo puerto, pues es obvio que podrían constituirse tantas servidumbres cuantos derechos preferentes de atraque permita la capacidad del puerto, sin que unas y otras se interfieran entre sí.

El ejemplo de las concesiones de puertos deportivos permite una vez más poner de relieve la palpitante actualidad de estos temas y las posibilidades creadoras que, como en tantos otros terrenos jurídicos, se brindan al quehacer notarial y registral, que tanto tiene que decir todavía en este difícil mundo de la transmisión y gravamen de las concesiones administrativas.

(89) *Las servidumbres personales*, publicado en ese año por la Editorial Revista de Derecho Privado.

(90) Limitándonos a obras recientes de carácter general, cfr., p. ej., ALBALADEJO, *Instituciones de Derecho Civil*, II; *Derecho de cosas*, 1964, págs. 392 y ss.; LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, III, 2, 1980, págs. 98 y ss.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, 1982, págs. 301 y ss.