

## **INFORME 7/1998, DE 16 DE JULIO, SOBRE LA VIABILIDAD JURÍDICA DE GRAVAR MEDIANTE HIPOTECA LA CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.**

### **ANTECEDENTES**

Por la Dirección General de Presupuestos y Patrimonio se plantea la siguiente consulta:

*Por parte de esta Dirección General se ha observado que determinados Pliegos de cláusulas administrativas particulares de contratos administrativos de gestión de servicios públicos incluyen cláusulas con el siguiente tenor literal:*

*"El concesionario no podrá establecer ningún tipo de carga ni gravamen sobre su derecho, incluido el hipotecario.*

*No obstante lo anterior, el concesionario podrá constituir préstamo hipotecario a la construcción del inmueble, quedando condicionada la escritura pública de constitución a la autorización previa de la Administración, de manera que se garantice adecuadamente la continuidad del servicio".*

*"El concesionario sólo podrá constituir hipoteca sobre la concesión, quedando condicionada a la autorización previa de la Comunidad de Madrid, de manera que se garantice la continuidad del servicio".*

*Por esta Dirección General se considera de interés que por parte de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se realice un análisis detallado sobre la conveniencia o no de introducir cláusulas en los Pliegos de cláusulas administrativas que permitan gravar la concesión derivada de un contrato administrativo de gestión de servicios públicos, diferenciándola a su vez de la concesión demanial -acto administrativo unilateral que autoriza al uso y disfrute de un bien de dominio público-, a efectos de que, si lo estima conveniente, se formule la oportuna Recomendación a los órganos de contratación.*

*Adjunto se remite un estudio realizado por esta Dirección General respecto de las cuestiones apuntadas.*

El estudio, que dada su extensión no se reproduce en este informe, analiza pormenorizadamente las concesiones demaniales y de servicios públicos, a la luz de las normas jurídicas vigentes y de las que, en su caso, las precedieron y de las distintas teorías

mantenidas por la doctrina, llegando a las siguientes conclusiones:

*La Ley reguladora del Patrimonio de la Comunidad de Madrid no ha previsto expresamente la posibilidad de gravamen de las concesiones de dominio público. Tampoco la Ley de Patrimonio del Estado o las Leyes de Patrimonio de otras Comunidades Autónomas contienen una norma en ese sentido.*

*A diferencia de lo anterior, las normas específicas en materia de aguas, minas, puertos y costas han regulado expresamente la posibilidad de constituir hipoteca y otros derechos de garantía sobre las concesiones administrativas a las que se refieren.*

*No contamos por tanto con una habilitación expresa que autorice el gravamen de las concesiones demaniales, sin embargo tampoco contamos con una prohibición expresa al respecto.*

*La Ley Hipotecaria sólo contempla la posibilidad de hipotecar determinadas concesiones administrativas.*

*Para ROCA SASTRE sólo pueden ser objeto de hipotecas aquellas concesiones administrativas que tengan "trascendencia real inmobiliaria", así descarta la posibilidad de hipotecar las concesiones administrativas derivadas de un contrato de gestión de servicios públicos -aunque se acepta por el RSCL el gravamen de los bienes aportados por el particular al servicio público-.*

*En conclusión, podemos decir que el derecho administrativo no prohíbe expresamente el gravamen de las concesiones administrativas, por otro lado, la concesión es un derecho del particular que se incorpora al patrimonio de éste como cualquier otro bien o derecho, y, en consecuencia, la posibilidad de gravar o hipotecar esos bienes o derechos se determinará conforme a lo dispuesto en el derecho privado, en la Ley Hipotecaria.*

*En la opinión de ROCA SASTRE sólo determinadas concesiones administrativas pueden ser hipotecadas, si bien se trata de una opinión doctrinal que puede no ser compartida por otros.*

Solicitada información de la Dirección General de Presupuestos y Patrimonio acerca de quién está obligado en el caso concreto consultado a realizar la construcción del inmueble, si la Administración o el concesionario, se aporta documentación al respecto de la que se deduce que es obligación del adjudicatario llevar a cabo la ejecución del inmueble y que este se ubicará en terrenos propiedad de la Administración.

## CONSIDERACIONES

1.- Previamente a entrar en el examen de la cuestión planteada por la Dirección General de Presupuestos y Patrimonio -posibilidad legal de gravar (hipotecar) la concesión del servicio público en el marco de la contratación administrativa-, es conveniente señalar que bajo el término genérico de concesión se comprenden distintos supuestos en el ordenamiento jurídico español, en relación a las actividad de las Administraciones Públicas, de los que cabe destacar las dos figuras concesionales clásicas:

a) La concesión demanial o de dominio público, que constituye un derecho real administrativo consistente en la facultad de aprovechamiento o uso exclusivo privativo o anormal de un bien de dominio público. En este sentido cabe citar: las aguas de dominio público (Ley de 2 de agosto de 1985), las minas (Ley de 21 de julio de 1973), los yacimientos de hidrocarburos (Ley de 27 de junio de 1974) o el dominio público marítimo terrestre (Ley de Costas, de 28 de julio de 1988); comprendiendo, además, en algún caso, la prestación de un servicio público (artículo 60 de la Ley de Aguas y artículos 74.3 y 80 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, de 13 de junio de 1986).

b) La concesión de servicio público, que atribuye al concesionario, previa la adjudicación por la Administración de un contrato administrativo -el de gestión de servicios públicos, artículos 155 a 171 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) y 114 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RS)-, a su riesgo y ventura, la gestión o explotación de una actividad declarada servicio público, pudiendo aquella, la Administración, exigir al concesionario la realización de obras públicas.

A estas figuras concesionales, debe añadirse la concesión del contrato de obras públicas, cuya regulación más reciente se encuentra en el artículo 130 de la LCAP y que tiene un precedente en la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Construcción, conservación y explotación de Autopistas en régimen de concesión, que conlleva la ejecución de las obras públicas por el concesionario o adjudicatario y la subsiguiente explotación de la obra por el mismo, constituyendo su compensación económica precisamente en la explotación de la obra o en dicho derecho acompañado de un precio.

La referencia a las distintas concesiones se debe a que en este informe se hará cita a alguna de ellas, estableciendo las diferencias existentes entre las mismas, especialmente las que se refieren a la viabilidad de su gravamen.

2.- Para resolver la cuestión planteada es necesario, en primer lugar, acudir al Código Civil (CC) para conocer qué puede ser objeto del contrato de hipoteca. El artículo 1.874 dispone: "Sólo podrá ser objeto del contrato de hipoteca: 1º. Los bienes inmuebles. 2º. Los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes, impuestos sobre bienes de aquella clase". El contenido de este precepto se repite en el artículo 106 de la Ley Hipotecaria (LH).

En segundo lugar, debe analizarse qué tipo de bien -mueble o inmueble- son las concesiones, pues sólo en el supuesto de que estén incluidas en los artículos 1.874 del CC y 106 de la LH, serán susceptibles de ser hipotecadas. Es también el CC el que da la respuesta. Así, el artículo 336 dispone: "Tienen también la consideración de bienes muebles (...) los contratos sobre servicios públicos", y el artículo 334.10: "Son bienes inmuebles (...) las concesiones administrativas de obras públicas (...) y demás derechos reales sobre bienes inmuebles". De estos preceptos resulta que serán hipotecables las concesiones demaniales y las de obras públicas, pero no la demás concesiones de servicios públicos ajenas a obras públicas.

Debe citarse, a mayor abundamiento de lo expuesto, el artículo 107.6 de la LH, a cuya virtud: "Podrán también hipotecarse (...) las concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público (...)” y los artículos 31 y 60 del Reglamento Hipotecario (RH) que previene la inscripción registral de las concesiones administrativas que afecten o recaigan sobre bienes inmuebles, como derechos reales inscribibles en el Registro de la Propiedad al amparo de los artículos 1 y 2 de la LH.

3.- A partir del supuesto de la consulta, teniendo en cuenta que el terreno donde se construirá el inmueble es un bien demanial, la propiedad del citado inmueble corresponde al dueño del suelo -la Administración- por entrar en juego el principio de afección, conforme a la máxima "superficie solo cedit", del artículo 358 del CC. En este caso, ha de entenderse que lo que se produce es una concesión demanial en el sentido que se indica en la letra a) de la consideración número 1 de este informe, que es susceptible de ser hipotecada, conforme a la normativa citada anteriormente, artículos 1.874 del CC y 106 de la LH.

Cabe también pensar, a partir del contenido que se cita en primer lugar en el escrito de la Dirección General de Presupuestos y Patrimonio, en la posibilidad legal de hipotecar bienes inmuebles afectos a la concesión. Para ello es necesario que los bienes sean propiedad del concesionario y no de la Administración, pues al ser bienes destinados a un servicio público, de pertenecer a la Administración tendrán la consideración de bienes demaniales, conforme al artículo 339 del CC. y como tales son inalienables por imperativo

del artículo 132.1 de la Constitución Española, lo que también se recoge, como no podría ser de otra manera, en el artículo 8 de la Ley 7/1986, de 23 de julio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid.

A la hipoteca de inmuebles de los concesionarios afectos a la concesión se refiere el artículo 107.6 de la LH, al admitir que: "Podrán también hipotecarse: (...) y los edificios o terrenos que, no estando directa y exclusivamente destinados al referido servicio, pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen agregados a aquellas obras, quedando pendiente la hipoteca, en el primer caso, de la resolución del derecho del concesionario.". En todo caso, conforme al artículo 31, párrafo tercero del RH "(...) sobre las fincas o derechos inscritos afectos a la concesión, no se podrán inscribir otras cargas o gravámenes que los que recaigan sobre ésta y hayan sido autorizados por la Administración concedente".

4.- Para que pueda inscribirse la hipoteca de una concesión administrativa es necesario que ésta sea enajenable, según los citados artículos 1.874 del CC y 106 de la LH. En consecuencia, si una legislación sectorial impide la transmisión no será posible la hipoteca y si exige el otorgamiento de autorización administrativa para la transmisión o gravamen de la concesión, estaremos ante un requisito esencial para que la misma sea enajenable y, por tanto, hipotecable, de modo que sin la preceptiva autorización no se podría considerar válidamente constituida la hipoteca ni debería, por tanto, ser inscrita. Este sería el caso, por ejemplo, del artículo 61 de la Ley de Aguas respecto de las concesiones que impliquen un servicio público.

Ahora bien, cuando la legislación sectorial admita la transmisión y gravamen de la concesión (o, al menos, la libre transmisión sin prohibir el gravamen), será posible la constitución de hipoteca (siempre que se cumplan los requisitos examinados en el apartado anterior), pero no podrá someterse la constitución de hipoteca a autorización administrativa con efectos frente a terceros (*erga omnes*), pues las prohibiciones negociales de enajenar (o, por asimilación, de hipotecar) sólo tienen acceso al Registro de la Propiedad si son establecidas por actos a título gratuito (artículo 26.3 de la LH), de modo que las prohibiciones impuestas en negocios a título onerosos (como un contrato administrativo) no tendrán acceso al Registro (artículo 27 de la LH), de suerte que su incumplimiento sólo produce la obligación de indemnizar daños y perjuicios.

En conclusión, la autorización administrativa será requisito esencial para la hipoteca si tal autorización viene establecida en la legislación aplicable para el gravamen o transmisión de la concesión y, en otro caso, podrá establecerse en el Pliego de cláusulas correspondiente, al amparo de la libertad de pactos del artículo 4 de la LCAP, pero, en este segundo caso, su incumplimiento sólo generará una obligación de resarcir los daños y perjuicios causados.

5.- Para concluir, llevando las consideraciones anteriores al supuesto consultado, se entiende que la concesión demanial (hipotecable), analizada en el primer párrafo de la consideración 3, está vinculada a un contrato de gestión de servicios públicos, modalidad concesión (bien mueble, no hipotecable, que es el negocio principal).

En consecuencia, ha de considerarse que se produce una concesión mixta, de servicio público y de dominio público, que son inescindibles, en la que la posible hipoteca sólo será viable en tanto en cuanto la concesión demanial sea transmisible e inscribible y la concesión de servicio público sea transmisible. En este sentido, el artículo 115 de la LCAP, regula el instituto de la cesión de los contratos administrativos, sujetándola a determinados requisitos, por lo que en base a dicho precepto, y si se dieran los requisitos establecidos en el mismo, ha de considerarse transmisible la concesión del servicio público.

## CONCLUSIONES

Por lo expuesto, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1.- Que no es viable legalmente la constitución de hipoteca sobre la concesión de servicios públicos ajena a obras públicas, al tener el contrato de servicios públicos la consideración de bien mueble.

2.- Que puede ser admisible la hipoteca sobre las concesiones demaniales o la de obras públicas afectas a un servicio público siempre y cuando la concesión sea transmisible e inscribible. La autorización administrativa será requisito esencial para la validez de la hipoteca cuando esa autorización sea impuesta por la legislación aplicable para el gravamen o la transmisión de la concesión. En otro caso podrá incluirse como pacto, cuyo incumplimiento generará sólo la obligación de indemnizar.

3.- Que en el supuesto de una concesión mixta, de dominio público y de servicio público, que sea inescindibles, puede considerarse viable la constitución de hipoteca, siempre y cuando la concesión demanial reúna los requisitos de la conclusión anterior y la concesión del servicio público sea transmisible.

4.- Que los bienes inmuebles del concesionario afectos a la concesión no podrán ser hipotecados sin la autorización administrativa. Al establecerse este requisito por la legislación hipotecaria no es necesario, aunque sí conveniente, que se incluya tal regla en el Pliego de cláusulas administrativas particulares.