

LAS DIFICULTADES DE UNA LEGISLACION BASICA SOBRE CONCESIONES ADMINISTRATIVAS *

POR

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN

Catedrático de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. PRIMERA DIFICULTAD: LA VARIEDAD DE TIPOS CONCESIONALES: 1. LA FALTA DE COMPRENSIÓN DE LA VARIEDAD DE TIPOS CONCESIONALES EN LA PRIMERA DOCTRINA ESPAÑOLA. 2. VARIEDAD DE TIPOS CONCESIONALES Y UNIDAD DE LA IDEA CONCESIONAL EN LA TEORÍA DE VILLAR PALASÍ. 3. LA GENERALIDAD DE LA IDEA CONCESIONAL E INSISTENCIA EN LA VARIEDAD DE CONCESIONES ADMINISTRATIVAS DE CARA A LA COMPETENCIA ESTATAL SOBRE SU LEGISLACIÓN BÁSICA.—II. SEGUNDA DIFICULTAD: LA DIVERSIDAD DE RÉGIMENES JURIDICOS DE LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS: 1. LAS CONCESIONES DEMANIALES: A) *La distinción entre concesiones y autorizaciones demaniales:* a) Las diferencias entre el uso privativo y el uso especial del dominio público. b) La naturaleza contractual de las concesiones demaniales.—B) *La discrecionalidad en las concesiones demaniales.* C) *El contenido de las concesiones demaniales: Los derechos reales administrativos.* D) *La extinción de las concesiones demaniales.*—2. LAS CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS: A) *La consideración de las antiguas concesiones de obra pública como concesiones de servicios públicos.* B) *El concepto actual de la concesión de obra pública.* C) *El régimen jurídico de las concesiones de obras públicas.*—3. LAS CONCESIONES DE SERVICIOS PÚBLICOS: A) *El perfil de las concesiones de servicios públicos: Sobre el uso abusivo de la categoría.* B) *La naturaleza contractual de las concesiones de servicios públicos.* C) *El contenido de las concesiones de servicios públicos:* a) Sobre los derechos, obligaciones y potestades del concesionario y de la Administración. b) Una precisión sobre el principio de riesgo y ventura y el equilibrio financiero de la concesión. c) La ausencia del derecho real administrativo. d) Sobre la problemática de las relaciones con los usuarios.—D) *La extinción de las concesiones de servicios públicos.*—4. LAS CONCESIONES INDUSTRIALES.—5. LA COMPLEJIDAD DE UNA LEGISLACIÓN BÁSICA SOBRE CONCESIONES ADMINISTRATIVAS DERIVADA DE LA DIVERSIDAD DE RÉGIMENES JURÍDICOS.—III. TERCERA DIFICULTAD: LA PLURALIDAD DE TÍTULOS COMPETENCIALES DEL ESTADO SOBRE LAS CONCESIONES ADMINIS-

* Este trabajo es el resultado de un contrato de investigación con el Instituto Nacional de Administración Pública en 1988.

Abreviaturas empleadas:

EJE	Enciclopedia Jurídica Española.
IEAL	Instituto de Estudios de Administración Local.
IEP	Instituto de Estudios Políticos.
IGO	Instituto García Oviedo.
LGDJ	Librairie Générale de Droit et Jurisprudence.
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica.
RAP	Revista de Administración Pública.
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario y Registral.
RDPriv.	Revista de Derecho Privado.
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo.
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
RTDP	Rivista Trimestrale di Diritto Publico.

TRATIVAS: 1. LA COMPETENCIA DEL ESTADO SOBRE LA LEGISLACIÓN BÁSICA DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS.—2. LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO SOBRE SECTORES MATERIALES QUE COMPRENDEN LA REGULACIÓN DE CONCESIONES ADMINISTRATIVAS.

I. PRIMERA DIFICULTAD: LA VARIEDAD DE TIPOS CONCESIONALES

El objeto de este trabajo consiste en fijar el alcance y las posibilidades de uso por el Estado de su título competencial sobre legislación básica de concesiones administrativas (art. 149.1.18.^a de la Constitución). Competencia estatal que, a primera vista, puede parecer de fácil desarrollo; se trataría de una simple labor normativa de identificación de lo esencial en materia de concesiones administrativas, fijando los elementos que necesariamente han de ser comunes en todo el territorio nacional. Sin embargo, la profundización enseguida denota las dificultades de la tarea, por la variedad de tipos concesionales y la subsiguiente generalidad de la idea concesional, por la misma diversidad de regímenes jurídicos concesionales y aun por la pluralidad de títulos competenciales estatales que inciden sobre concesiones administrativas.

Los problemas surgen, en primer término, por la variedad de supuestos que en nuestro Derecho son calificados como concesiones, en relación con la actividad de las Administraciones públicas. Junto a las tres figuras concesionales que podríamos denominar clásicas —la concesión de dominio público, la de obra pública y la de servicio público—, algunos autores identifican la concesión industrial, agrupando en ella diferentes previsiones del Derecho positivo, aunque sin agotar las posibilidades de uso de la expresión, de manera que aún cabría hablar de otras concesiones administrativas.

1. La falta de comprensión de la variedad de tipos concesionales en la primera doctrina española

La multiplicidad de los tipos concesionales no siempre ha sido tomada en cuenta en los estudios doctrinales, radicando ahí, probablemente, una de las causas del estado de cierta confusión que puede advertirse en relación con las concesiones administrativas. Así, manejando las exposiciones monográficas de la primera mitad de la presente centuria, no es difícil advertir que los diferentes autores identifican las concesiones administrativas con especies más o menos importantes, pero que no llegan a agotar el género.

En 1910, Gómez González, dentro de un estudio fundamentalmente descriptivo, sólo consideraba concesiones las de dominio público y las de obra pública, entendiendo que ambas eran actos administrativos unilaterales, radicalmente distintas de los contratos administrativos (1).

Pocos años después, en 1918, Niceto Alcalá-Zamora se refería exclusivamente a las concesiones de dominio público, considerándolas como contratos de derecho público creadores de un derecho real en favor del concesionario (2). Como contrato, la concesión es para este autor «la enajenación parcial, limitada y revocable, de cosas o derechos pertenecientes al dominio público, para aprovechamientos determinados que se subordinan a fines de interés general y se someten a la inspección de la autoridad» (3). Como derecho real, la concesión «es la explotación de cosas o derechos procedentes del dominio público, mediante aprovechamientos determinados y obligatorios, subordinados a fines de interés general y sometidos a la autoridad» (4). En definitiva, la concesión es «transmisión parcial del dominio público» por su origen contractual y «explotación limitada del dominio público» por su carácter de derecho real. Caracteres de la concesión que el autor destaca imbuido de las ideas propias del liberalismo de corte social: «la acción social, el patrimonio del Poder —escribe— irán en considerable aumento, y mientras las ideas no permitan y las deficiencias administrativas no consientan la complicación abrumadora de una gestión directa, los hábitos de libertad y las exigencias de mando, la acumulación de facultades y la insuficiencia de medios seguirán probablemente transigiendo en el sistema de concesiones» (5).

La efectiva importancia que la concesión administrativa suponía en la época, como medio de gestión indirecta de los servicios públicos, se refleja en el estudio que también en 1918 publicaba

(1) Mariano GÓMEZ GONZÁLEZ voz «Concesiones administrativas» en *EJE*, t. VII (1910). p. 854, donde señala que las diferencias entre concesiones y contratos administrativos son las siguientes: 1) las concesiones están reguladas unilateralmente por la ley, mientras los contratos se regulan bilateralmente por pacto; 2) las concesiones se otorgan por la Administración, en tanto que los contratos se estipulan entre la Administración y el particular; 3) las concesiones se solicitan por el particular a la Administración y los contratos, en cambio, se proponen por la Administración al particular, y 4) el objeto de los contratos son «obras y servicios públicos».

(2) Niceto ALCALÁ-ZAMORA: *La concesión como contrato y como derecho real*, Madrid, Imprenta de Julián Espinosa, 1918, pp. 5 y ss.

(3) Niceto ALCALÁ-ZAMORA: *La concesión*, cit., p. 11, identificando a continuación, pp. 11 y ss., las notas especiales del contrato de concesión: en las personas, en el objeto, en la causa, en el consentimiento, en la forma, en la duración y seguridad, en la norma, garantía y sanción y en el tránsito de derechos. También expone los derechos y obligaciones del concesionario y del poder público.

(4) Niceto ALCALÁ-ZAMORA: *La concesión*, cit., p. 29.

(5) Niceto ALCALÁ-ZAMORA: *La concesión*, cit., p. 37.

Fernández de Velasco (6). Aquí se trata ya de las concesiones de obra y servicio público, consideradas como actos unilaterales (7).

En 1930, Alvarez Gendín considerará la concesión de obras y servicios públicos como modalidad de los contratos públicos: «Es un derecho otorgado por la Administración a un particular o empresa, con la obligación por otra parte de ésta de realizar o prestar algún objeto o algún servicio público de la incumbencia propia de aquélla, y sujeta a tarifa la percepción de los derechos por su explotación, que es el precio del contrato» (8).

Sin perjuicio del mayor o menor acierto en las exposiciones de estos autores, importa destacar ahora esa tendencia a simplificar el fenómeno de las concesiones administrativas en torno a un tipo más o menos importante de concesión, sin que se logre un punto de acuerdo sobre su naturaleza jurídica.

2. Variedad de tipos concesionales y unidad de la idea concesionaria en la teoría de Villar Palasí

Desde el punto de vista de la evolución dogmática española, el estudio más interesante en materia de concesiones administrativas es el publicado en 1952 por Villar Palasí (9). Por primera vez se identifican los diversos tipos de concesiones: concesión demanial, concesión de servicio público y concesión industrial. Formas variadas a través de las cuales se expresaría, sin embargo, una idea unitaria, la idea concesional, que, según el autor, se ha mantenido siempre a través de la historia.

El procedimiento concesional consistiría en todos los casos en «la entrega al súbdito de una esfera funcional de competencia

(6) Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO: «Teoría jurídica de las concesiones administrativas», en *RDPriv.*, núms. 53-54 (1918), pp. 33 y ss. El autor considera que por razones históricas el Estado rehuye las empresas con repercusiones industriales o económicas, pero refleja la existencia en la época de una tendencia industrializadora del Estado.

(7) Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO: *Teoría jurídica*, cit., p. 34: «son concesiones las autorizaciones otorgadas por la Administración para la ejecución y explotación de obras y servicios públicos»; su naturaleza jurídica es la de actos unilaterales (p. 88), definiéndose así: «concesión administrativa es una operación en la cual, instituida reglamentariamente una obra pública o un servicio público se regula por la Administración la ejecución y explotación de la obra o servicio público, entregándose a un concesionario que efectúa la operación subrogándose a la Administración». En realidad, el autor califica también la concesión como contrato administrativo sólo que manteniendo una postura sustancialista de los contratos administrativos, considerados como actos unilaterales de la Administración; véase en tal sentido la obra posterior del mismo autor, *Los contratos administrativos*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1927, en especial pp. 43 y ss.; sobre la concesión de servicio público, en ese volumen, pp. 237 y ss.

(8) Sabino ALVAREZ-GENDÍN: «La concesión y el contrato de Derecho Público», en *RGLJ*, t. 156 (1930), pp. 423 y 442 (el estudio se reproduce en el libro del mismo autor, *Los contratos públicos*, Madrid, Ed. Reus, 1934, pp. 173 y ss.).

(9) José Luis VILLAR PALASÍ voz «Concesiones Administrativas», en *NEJ*, t. IV (1952). pp. 684-770.

atribuida a la Administración pública» (10). En toda concesión habría una «investidura» o «transmisión» de una función pública en beneficio de los administrados, sin que de ahí derivara un desapoderamiento del Estado; al contrario, la técnica concesional serviría para afirmar el carácter de función pública de las actividades afectadas, manifestándose dicha técnica «como la forma políticamente más intachable y administrativamente más ágil de conseguir el control económico» (11).

Bajo esas pautas, explica Villar la evolución experimentada desde la concesión demanial, pasando por la concesión de servicio público, hasta la concesión industrial. Formas variadas de expresar un mismo fenómeno, la transmisión de funciones públicas al súbdito, cuyo ejercicio es controlado por el poder. Las distintas variantes concesionales expresarían así, más que técnicas diferentes, nuevas funciones públicas para cuyo desenvolvimiento se desea la colaboración del particular. La patrimonialización del poder a que respondía el general uso de la concesión de tipo demanial resultó insuficiente ante el aumento de funciones públicas, cuya atención por administrados se aseguró mediante la concesión de servicio público. De nuevo, la inadecuación de ese tipo concesional para funciones públicas ligadas a lo que se denomina la actividad industrial de la Administración —esto es, su directa incorporación a actividades económicas por causas no prestacionales— llevó al surgimiento de la concesión industrial (ejemplo: concesiones de cultivo, de pesca, de instalación de industrias). Se demuestra así, para este autor, la «energía potencial tremenda de la idea concesional» (12).

La tesis de Villar Palasí resulta, sin duda, brillante. Diversidad de tipos concesionales, pero unidad de la idea concesional; idea que «se manifiesta como dirigida políticamente a hacer compatibles dos principios contrapuestos, relativo el uno a la necesidad de hacer públicas actividades privadas y atinente el otro al respeto a la iniciativa particular» (13).

Establecidos los anteriores presupuestos, resultará fácil al autor relacionar la concesión administrativa con la autorización administrativa, otra categoría de difícil concreción y abundantes modalidades. Autorización y concesión no hacen sino manifestar estadios diferentes en la evolución del carácter de las funciones públicas: cuando la función de mera policía administrativa, a que responde la autorización, no es considerada suficiente, se pasa a la creación de

(10) José Luis VILLAR PALASÍ: *Concesiones*, cit., p. 687.

(11) *Ibidem*.

(12) José Luis VILLAR PALASÍ: *Concesiones*, cit., p. 693.

(13) José Luis VILLAR PALASÍ: *Concesiones*, cit., p. 695.

un monopolio administrativo sobre la actividad, abriéndose el paso a los particulares mediante la concesión de carácter excluyente y privativo (14).

Para encajar debidamente todas las figuras concesionales del Derecho positivo en su teoría, distingue Villar entre las concesiones constitutivas y las traslativas. Las primeras se refieren a los casos de pura constitución administrativa de un derecho en favor del administrado. En las segundas, la creación del derecho concedido opera a base de transferir al administrado una parte del poder público.

Son las concesiones traslativas las que realmente ocupan la atención del autor, aquellas en las que hay una transferencia de poder, como sucede en las concesiones demaniales y en las de servicio público. Se crea un derecho transfiriendo al concesionario funciones inherentes al Estado (15).

Derecho transferido unilateralmente, aunque el carácter continuativo de la vinculación recíproca y compleja entre concedente y concesionario se asemeje al ligamen contractual. Es más, aun cuando el acto administrativo de establecimiento del servicio o de afectación del dominio público requiera de la colaboración del particular, que con su aceptación establece el vínculo concesional, no es de ese acuerdo de voluntades, sino del acto administrativo unilateral de donde surge propiamente el vínculo concesional (16).

La teorización de Villar Palasí contaba, cuando se formuló, con puntos de apoyo en alguna jurisprudencia de los años cincuenta, que mantuvo la naturaleza de acto unilateral de las concesiones administrativas (17). Muy utilizada resulta también la doctrina del Dictamen del Consejo de Estado de 14 de noviembre de 1950, donde se señala, con referencia a las concesiones demaniales y de servicios, que «la idea común que trasciende de ambas especificaciones está en la cesión al particular de una esfera de actuación originariamente administrativa» (18). Idea unitaria de las concesio-

(14) José Luis VILLAR PALASÍ: *Concesiones*, cit., p. 698.

(15) José Luis VILLAR PALASÍ: *Concesiones*, cit., p. 700.

(16) José Luis VILLAR PALASÍ: *Concesiones*, cit., p. 704.

(17) Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1950 (*Aranzadi*, 930), ponente Villar y Madrueno, y 20 de junio de 1951 (*Aranzadi*, 1808), ponente Cremades y Giménez de Notal.

(18) Continúa: «Esta esfera puede, desde luego, referirse al orden real, y aquí el orden de lo originariamente administrativo lo da la idea del dominio público, cuya titularidad únicamente y de modo necesario (criterio de la inalienabilidad del dominio público) corresponde a la Administración; o referirse al orden de la actividad y la gestión, y en este supuesto, el concepto de servicio público discrimina, entre toda la gama de actividades posibles, aquellas que son administrativas de modo natural, originario y exclusivo. Por el negocio de la concesión, la Administración transfiere a un particular una esfera de actuación en cualquiera de estos órdenes, lo característico y común es que en todo caso, y por hipótesis, esta transferencia es parcial, y comprende una tasa limitada de facultades y en modo alguno una propiedad plena, pues dominio público y servicio público siguen siendo tales tras la concesión, y por ende, referibles a la

nes administrativas que el Tribunal Supremo ha reflejado posteriormente en algunas ocasiones (19).

También en la doctrina hay autores que siguen expresamente esta teoría. Así, Alvarez Puga y Sentías Ballester definen la concesión administrativa como «acto unilateral, discrecional, realizado por la Administración en concepto de poder, mediante el cual se transfiere a un particular, basándose en razones de utilidad o conveniencia pública, funciones propias de la Administración» (20). López Pellicer indica que las concesiones administrativas tienen en común «la transferencia a uno o varios sujetos de una esfera de actuación originariamente perteneciente a una entidad administrativa», precisando que lo transferido es la gestión o explotación del servicio, de la obra o del bien concedido, nunca su titularidad (21).

3. La generalidad de la idea concesional e insistencia en la variedad de concesiones administrativas de cara a la competencia estatal sobre su legislación básica

La idea concesional unitaria, tan brillantemente expuesta por Villar Palasí, parece exacta si se examina desde el punto de vista de la evolución general de las técnicas administrativas. En efecto, la búsqueda de nuevos títulos de intervención por las Administraciones públicas conecta bien, en una de sus manifestaciones, con el proceso de *publicatio* previo de una actividad, cuyo ejercicio se transmite luego a particulares mediante concesiones; concesiones que permiten a la Administración controlar la actividad desenvuelta por el particular, disponiendo así de vías de intervención eficaces y poco costosas.

Ese esquema es advertible en relación con todo tipo de concesiones. García de Enterría, por ejemplo, ha destacado la evolución producida en tres sectores: Las aguas y las minas, dentro de las concesiones demaniales, el caso de los derechos de caza y

Administración que, en algún sentido, por el hecho simple de esta titularidad constante e inderogable, mantiene en la situación facultades de imperio» [Dictamen del Consejo de Estado de 14 de noviembre de 1950, consulta núm. 6.683, en *Recopilación de doctrina legal* (1950-1951), núm. 278].

(19) Véanse, entre otras, sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1967 (*Aranzadi*, 2876) y de 11 de marzo de 1969 (*Aranzadi*, 1568), ambas en ponencia de Becerril y Antón Miralles, y sentencia de la Sala Tercera de 21 de febrero de 1969 (*Aranzadi*, 544), ponente Roldán Martínez.

(20) Eduardo ALVAREZ PUGA y César SENTIAS BALLESTER: *Suma práctica de las concesiones administrativas*, prólogo de J. M. Pi Suñer, Barcelona, Anfora, 1964, pp. 13-14.

(21) José A. LÓPEZ PELLICER, dentro de la obra en colaboración con José Luis SÁNCHEZ DÍAZ, *La concesión administrativa en la esfera local. Servicios, obras y dominio público*, Madrid, IEAL, 1976, p. 19.

las concesiones de servicio público e industriales (22). En esos tres sectores nos encontramos con un punto de partida constituido conforme a criterios de libre actuación privada interferida por limitaciones administrativas, procediéndose posteriormente a la implantación de un monopolio de derecho de la correspondiente actividad en favor de la Administración.

La demanialización completa de las minas y las aguas (producida la primera con la Ley de Minas de 1973 y la segunda con la Ley de Aguas de 1985, cuyo sentido general en este punto vislumbra, por cierto, con tino, García de Enterría) no está directamente relacionada con la prestación de soporte físico a una función pública, sino con la búsqueda de un título de intervención administrativa que permita la ordenada explotación del correspondiente recurso por los particulares. Idéntico tipo de evolución cabría observar en relación con los derechos de caza, cuya reconducción a planteamientos proteccionistas pasa por concentrar en la Administración la titularidad de los mismos, con posterior distribución de su ejercicio entre los administrados conforme a técnicas concesionales (23). Eso es justamente lo sucedido en numerosos casos a través de la declaración de una actividad como servicio público (recientemente, por ejemplo, el art. 1.2 del Estatuto de la Radio y la Televisión —Ley 4/1980, de 10 de enero— declaraba la radiodifusión y la televisión «servicios públicos esenciales cuya titularidad corresponde al Estado») o con la monopolización de una actividad industrial en manos de la Administración.

Ahora bien, la repetición frecuente de tal discurso histórico no es suficiente para afirmar en relación con todos los supuestos concesionales la existencia de un monopolio administrativo de la actividad y una sucesiva transferencia de funciones públicas en beneficio del concesionario. La idea concesional unitaria de Villar Palasí no es advertible en todo tipo de concesiones, si no esforzando mucho los conceptos o dando un alcance muy genérico, casi irrelevante, a la misma idea concesional unitaria. Veamos algún ejemplo:

En las concesiones demaniales, destacar la *publicatio* puede ser útil para los casos, que expone García de Enterría, de bienes demaniales no destinados a soportar una función pública, sino a producir bienes de dentro del tráfico privado, como las aguas y las

(22) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Madrid, Civitas, 2.^a ed., 1981, pp. 133-139.

(23) Permítaseme en este concreto punto remitir también a mi libro *La protección de la fauna en el Derecho español*, Sevilla, 160, 1980, pp. 100 y ss., donde, no obstante lo dicho en el texto, matizo la orientación proteccionista que cabe vislumbrar en el uso actual de técnicas de estirpe regaliana.

minas. La *publicatio* sirve aquí para señalar un proceso evolutivo notable. Ahora bien, difícil será hablar de transferencia posterior de ninguna parte de función pública o de esfera de actuación originariamente administrativa en favor del concesionario. Lo que se transmite es, más simple y exactamente, el derecho al uso privativo del bien; derecho que, además, se transmite no en virtud del monopolio administrativo sobre el bien, sino por la cualidad de titular propietario de dicho bien que reside en la Administración.

Sucede incluso que la afirmación de un monopolio de la actividad con respecto a parte de los bienes demaniales parece algo erróneo. Habrá monopolio de la actividad con respecto a los bienes que integran el demanio natural; esto es, con respecto a categorías genéricamente declaradas demaniales por una norma: Toda actividad de uso de un puerto, o de una playa, o de un río, por ejemplo, cabe entender que se concentra en la Administración (24). Pero esa misma idea no es transferible al demanio artificial, donde la idea de monopolio de la actividad sólo puede ser entendida en relación con el uso de cada bien concreto, coincidiendo entonces tal idea ni más ni menos que con las normales facultades propietarias: el mercado de abastos municipal, por ejemplo, cuyos puestos son objeto de concesiones demaniales, no supone, al menos por sí sólo (es decir, si no hay municipalización con monopolio), la concentración de la correspondiente actividad en la Administración, que lícitamente podrá desarrollarse en otros mercados (25).

Esa misma inadecuación de la idea monopolística de la actividad la podemos advertir en todos aquellos servicios públicos que no impiden el libre ejercicio de actividades similares por los particulares: Son los característicos supuestos de las municipalizaciones o provincializaciones sin monopolio precisamente.

En definitiva, la idea de la *publicatio* de una actividad y sucesiva transferencia al particular, como elemento característico de las concesiones administrativas, sólo parece desplegar virtualidades generales aplicada a la explicación de procesos históricos de aumento del intervencionismo administrativo. Puede ser, por eso, una idea adecuada para diferenciar las técnicas autorizatorias de las concesionales en determinados supuestos, como suele hacer la jurisprudencia (26). Pero no parece una idea aplicable al deslinde de

(24) Sobre el concepto de demanio natural, véase AURELIO GUAITA: *Derecho Administrativo. Aguas, montes, minas*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1986, pp. 21 y ss.

(25) Las concesiones de puestos o bancos en mercados municipales se consideran normalmente concesiones demaniales por la jurisprudencia: Véase las sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1980 (*Aranzadi*, 2190) y 4 de noviembre de 1980 (*Aranzadi*, 4257), ambas en ponencia de Gabaldón López. No obstante, para la sentencia de la misma Sala de 7 de mayo de 1981 (*Aranzadi*, 2031), ponente Botella y Taza, la calificación adecuada parece ser la de concesión de servicio público.

(26) Véase la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1980 (*Aranzadi*, 4257), ponente Gabaldón López, para la que la técnica concesional otorga al particular

toda especie autorizatoria con respecto a las concesiones: así sucede con las llamadas autorizaciones de funcionamiento, que, a decir de Tomás Ramón Fernández, se sitúan «en las mismas fronteras que separan el *genus* autorizatorio del esquema concesional propiamente dicho» (27).

Por otra parte, la idea concesional unitaria parece encontrarse excesivamente lastrada por una imagen demasiado feliz de la posición administrativa dentro del negocio concesional. Monopolio público de la actividad que permite su ejercicio eficaz y barato mediante la transferencia de funciones públicas al concesionario. ¿Es esa la realidad? ¿Sirve la llamada técnica concesional para controlar debidamente el ejercicio de funciones públicas por particulares? ¿Es el aspecto de poder público el que cabe destacar o más bien lo que se pretende es fortalecer la posición del concesionario? Sebastián Martín-Retortillo decía en una ocasión que «la relación concesional, por mucho que se diga lo contrario, sabemos sobradamente que otorga al concesionario algo más que una participación en el poder y que no ha demostrado *nunca* ser título bastante que permita seguir considerando a la Administración como señor del servicio» (28).

Expuesto todo lo anterior, cabe reafirmar la tesis inicial sobre la variedad de los supuestos denominados concesiones administrativas. Tesis que no es original, pues ya señalaba Albi que «nos enfrentamos con una denominación caracterizadamente administrativa, casi exclusivamente administrativa, que como consecuencia de la penuria verbal que lamentamos ha tenido que aplicarse profusamente por la legislación y la doctrina, de consuno, a un conjunto de instituciones de tan escasa coincidencia esencial que en muchos casos sólo es posible aproximarlas, en una elaboración sistemática, forzando exageradamente el razonamiento» (29). Más

«un derecho nuevo que antes no tenía en modo alguno», mientras que la autorización «no pasa de ser mera constatación de la adecuación al orden público del ejercicio de facultades del particular» (considerando 4.º); en igual sentido, la sentencia de la misma Sala de 7 de mayo de 1981 (*Aranzadi*, 2031), ponente Botella y Taza, considerando 2.º. En cambio, prescinde ya de la idea del derecho preexistente en la autorización la sentencia, también de la Sala Cuarta, de 21 de marzo de 1985 (*Aranzadi*, 1637), ponente Díaz Eimil: «La concesión implica sustancialmente una transferencia de facultades de la Administración a un particular..., mientras que la licencia... consiste en la autorización concedida a un particular para que ejercite un acto permitido al no estar en contradicción con las normas legales» (considerando 5.º de la sentencia de la Audiencia, aceptado). Para la crítica de la idea del derecho preexistente en las autorizaciones, véase José Antonio MANZANEDO MATEOS: *El comercio exterior en el Ordenamiento administrativo español*, Madrid, IEAL, 1968, pp. 379 y ss.

(27) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, cit., p. 128.

(28) Sebastián MARTÍN RETORTILLO prólogo al libro de Luis COSCULLUELA MONTANER: *Administración portuaria*, Madrid, Tecnos, 1973, pp. 16-17.

(29) Fernando ALBI: *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales*, Madrid, Aguilar, 1960, p. 502.

sintéticamente afirma Laubadère que «las concesiones constituyen una suerte de mundo o, si se prefiere, de pabellón que cubre una cantidad considerable de mercancías» (30).

Esa variedad de tipos concesionales constituye, sin duda, un primer obstáculo de cara al ejercicio del título competencial del Estado sobre concesiones administrativas. La variedad de las concesiones y la ausencia de un principio unitario identificable en torno a las mismas significan que una posible ley básica estatal en la materia no podría discurrir por el camino de la regulación general, sino por concesión; acaso, prohibiendo el uso de la denominación en ciertos supuestos o excluyendo de la regulación fenómenos que se denominan concesiones.

II. SEGUNDA DIFICULTAD: LA DIVERSIDAD DE REGIMENES JURIDICOS DE LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS

Una ley básica de concesiones administrativas habría de tener en cuenta la existencia no sólo de una variedad de tipos concesionales, variedad difícilmente reconducible a un principio unitario, según acaba de verse, sino también una diversidad de regímenes jurídicos.

Concesiones demaniales, concesiones de obra pública, concesiones de servicio público, concesiones industriales y aun otras concesiones administrativas, son las grandes categorías identificables. Categorías con su propio régimen jurídico, establecido, por una parte, en normas generales y, por otra parte, en normas referidas a concretas especies de cada género. Una multiplicidad de regulaciones con diferentes respuestas a los problemas, que dificulta incluso la identificación de reglas comunes a cada categoría concesional: El régimen jurídico de una concreta concesión partirá, en principio, de su regulación especial, aunque puede haber casos de modificación de tal regulación por normas generales, conforme al principio de *lex posterior*.

El volumen normativo a manejar por una ley básica de concesiones administrativas sería enorme: Una norma aplicable de las minas a la televisión, de los transportes a la gestión de residuos, de las pompas fúnebres a las aguas. Sin que ahora se pretenda concretar tanto, cabe, al menos, reparar en la diversidad de regímenes jurídicos atendiendo, simplemente, a las regulaciones genéricas de los tipos concesionales básicos.

(30) André de LAUBADÈRE, Frank MODERNE y Pierre DEVOLVE: *Traité des contrats administratifs*, t. I, 2.^a ed., París, LGDJ, 1983, p. 283, donde añaden que «si se quisiera abrazar la totalidad de actos jurídicos que ven atribuirse esta denominación, parece imposible unirlos en una noción común y proporcionar una definición y un criterio».

1. Las concesiones demaniales

Las regulaciones genéricas sobre concesiones demaniales están contenidas en los artículos 75 a 91 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de 1985 y en los artículos 94 a 105 de la Ley Obras Públicas de 1877, junto con alguna referencia en los artículos 126 a 128 de la Ley del Patrimonio del Estado. Las regulaciones específicas se encuentran en las normas relativas a las distintas categorías de bienes demaniales: el demanio marítimo en la Ley de Costas de 1988 (arts. 64 a 81), el demanio portuario en la Ley de Puertos de 1928 (arts. 34 a 58, en parte, pues también se regulan otro tipo de concesiones), el demanio hídrico en la Ley de Aguas de 1985 (arts. 57 a 72), el demanio minero en las Leyes de Minas (sobre todo, arts. 60 a 74) y de hidrocarburos (arts. 29 a 37). Insistiré, no obstante, en que, sin perjuicio de alguna referencia a estas normas especiales, la exposición que sigue se centra en el estudio de las regulaciones generales.

A) LA DISTINCIÓN ENTRE CONCESIONES Y AUTORIZACIONES DEMANIALES

La concesión demanial es el negocio jurídico que da derecho al uso privativo o al uso anormal del dominio público (art. 78.1 del Reglamento de Bienes), entendiéndose por uso privativo «el constituido por la ocupación de una porción del dominio público, de modo que limite o excluya la utilización por los demás interesados» (art. 75.2 del Reglamento de Bienes) y por uso anormal el que no fuere conforme con el destino principal del dominio público a que afecte (art. 75.3 y 4 del Reglamento de Bienes) (31).

Este primer concepto de la concesión demanial no ofrece suficientes elementos de diferenciación con respecto a la licencia exigible para el uso común especial normal de los bienes de dominio público (arts. 106 a 108 de la Ley de Obras Públicas y 77.1 del Reglamento de Bienes), es decir, para aquel uso que corresponde «por igual a todos los ciudadanos indistintamente» (art. 75.1 del Reglamento de Bienes), «conforme al destino principal del dominio público a que afecte» (art. 75.3), pero concurriendo circunstancias especiales de «peligrosidad, intensidad del uso o cualquiera otra semejante» [art. 75.1, b)].

(31) Téngase presente que los conceptos del Reglamento de Bienes, aunque no figuran en la vieja Ley de Obras Públicas de 1877, son asumidos normalmente en la práctica administrativa y van acogiéndose en la normativa sectorial. Así, por ejemplo, recientemente, la Ley de Aguas de 1985 ha adoptado los conceptos del Reglamento de Bienes al tratar de la utilización del dominio público hidráulico (arts. 48 y ss.).

La diferenciación entre la concesión y la licencia sobre el dominio público no puede, evidentemente, realizarse sobre la base de la idea general, previamente descartada, de la *publicatio* o no *publicatio* de la actividad, puesto que, al margen de las críticas antes desenvueltas, es claro que la *publicatio*, en el caso del demanio, se dará tanto si se concede su uso privativo como si se autoriza su uso especial. Hay que buscar otros criterios de distinción.

Los criterios distintivos pueden enfocarse por dos vías: Investigando sobre la diferencia entre uso privativo y uso especial o analizando el distinto régimen de las concesiones y las licencias.

a) *Las diferencias entre el uso privativo y el uso especial del dominio público.*

La primera de esas vías es la seguida, básicamente, en la interesante sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1982 (32). Aunque la sentencia se plantea formalmente el problema de la diferencia entre concesión y autorización, los criterios de distingo que establece se refieren más bien a los caracteres del uso privativo y del uso especial.

Como características de la concesión, la sentencia cita las siguientes (considerando 5.º):

1.º Un uso intenso del dominio público por parte del concesionario a quien se le cede de manera permanente y estable.

2.º La titularidad del dominio público en la Administración concedente, cualidad que se deriva como normalmente concurrente, dada la intensidad del uso del dominio público que se cede.

3.º Instalaciones fijas que correspondan con la permanencia y estabilidad del uso concedido y que generalmente quedan integradas en el dominio público desde el primer momento de vida de la concesión y revierten a dicho dominio a su finalización.

4.º Gestión de un servicio público cuya prestación viene atribuida a la titularidad de la Administración concedente como propia de su competencia.

5.º Remuneración del concesionario mediante precios que participan de la naturaleza de tasas fijas y predeterminadas.

(32) Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1982 (*Aranzadi*, 1688), ponente Díaz Eimil, sobre *Autorización de quioscos, hamacas y alquiler de utensilios deportivos en las playas de San Bartolomé de Tirajana (Gran Canaria)*; sentencia que soluciona adecuadamente, a mi entender, la discrepancia jurisprudencial entre las sentencias de la misma Sala de 2 de marzo de 1979 (*Aranzadi*, 1175), ponente Ponce de León, y de 29 de marzo de 1979 (*Aranzadi*, 1467), ponente Martín de Burgo, que, para supuestos semejantes, de quioscos, hamacas, etc., en las playas, aplicaban regímenes diferentes: la primera sentencia el régimen de la autorización administrativa y la segunda el de la concesión. La sentencia de 31 de octubre de 1982 se inclinará por la calificación como licencia de la intervención administrativa, según se expone en el texto.

En cambio, las características de la autorización reglamentada serían las siguientes:

1.º El uso del dominio público es menos intenso que en la concesión y se cede de manera provisional y por poca duración.

2.º La Administración autorizante puede carecer de la titularidad del dominio público y ostentar simplemente facultades de policía sobre él.

3.º Las instalaciones no son fijas, permaneciendo en la propiedad particular del autorizado sin que opere la reversión.

4.º El servicio no es de los propios de la Administración autorizante, sino de carácter particular en el que hay implicado un interés público.

5.º La remuneración del autorizado, aunque pueda ser sometida a tarifa si así lo exige el interés público, se realiza mediante precios susceptibles de regirse por el sistema de comercio libre que corresponde a la naturaleza privada del servicio gestionado.

b) *La naturaleza contractual de las concesiones demaniales.*

Los anteriores criterios, centrados en el distinto carácter del uso privativo y del uso especial del dominio público, pueden servir para saber cuándo es necesaria una concesión y cuándo una licencia. Ahora bien, la distinción entre uno y otro negocio jurídico ha de venir proporcionada por su correspondiente régimen jurídico. Régimen jurídico que en el caso de la concesión es el del contrato administrativo y, en cambio, en el caso de la autorización, es el del acto administrativo.

En efecto, aun cuando la cuestión de la naturaleza jurídica de la concesión demanial sea objeto de cierto debate —al igual que ocurre con las otras concesiones administrativas, según habrá ocasión de comprobar—, los datos del Derecho positivo contribuyen a afirmar su carácter contractual.

Los artículos 102 y 104 de la Ley de Obras Públicas denotan ese carácter contractual cuando se refieren a las «condiciones pactadas» o «estipuladas» con el concesionario. Si nos atenemos a la más moderna regulación del Reglamento de Bienes, se comprobará cómo en dos ocasiones, al tratar de las concesiones demaniales, remite a la «normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones locales». Así sucede en los artículos 78.2, a propósito del procedimiento para otorgar las concesiones, y 90.4, sobre formalización de la concesión. El régimen jurídico expresamente establecido para la concesión demanial es el régimen jurídico contractual, luego la naturaleza jurídica de la concesión es la de contrato, siempre y cuando se entienda, como debe ser, que la naturaleza

afirmada de una institución no es sino una forma abreviada de expresar su régimen jurídico (33).

Puede objetarse al anterior planteamiento que las remisiones de los artículos citados a la normativa contractual sólo se refieren a aspectos procedimentales, a la formación y formalización de la voluntad administrativa de contratar o de actuar unilateralmente. En tal caso, podría utilizarse la remisión general al Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales que, para el uso de bienes de servicio público, realiza el artículo 74.2 del Reglamento de Bienes (remisión que también se da para la utilización de bienes de uso público que constituya «sólo la base necesaria para la prestación de un servicio público», art. 74.3). El artículo 116.1 del Reglamento de Servicios también contiene una remisión expresa al Reglamento de Contratación para regular las formalidades concesionales. Luego, si hay un régimen jurídico contractual para concesiones de dominio público, la conclusión, según lo señalado en el párrafo anterior, es clara: la concesión es un contrato.

Algún autor ha destacado esa naturaleza contractual de la concesión de dominio público. Así, Garrido Falla dice: «Hay que reconocer que nuestras más modernas tendencias legislativas, cuando han abordado una regulación formal de la materia, tienden a someter las concesiones demaniales a los dictados de la técnica contractual» (34). Nótese que la expresión del autor parece surgir con dificultad, como si fuera algo costoso de reconocer. ¿A qué se debe tal suerte de reticencia? ¿Será por pensar que la Administración sale más perjudicada con el régimen jurídico contractual que con el régimen jurídico del acto administrativo? Tal idea sería un condicionante no jurídico que, aparte de ser discutible, no podría evitar la decisión jurídico-positiva de configurar un negocio jurídico como contrato y no como acto administrativo.

Jurisprudencialmente debe señalarse que el carácter contractual de la concesión demanial está afirmado en numerosas y recientes sentencias, aunque, en verdad, existen algunos casos en que se mantiene la tesis contraria. Citaré en pro de la caracterización de la concesión demanial como acto administrativo las sentencias de 23 de marzo de 1972, 10 de noviembre de 1976 y 12 de abril de

(33) Señala así Alvaro D'ORS: «En torno a la llamada obligación alternativa», en *RDPriv.*, núm. 322 (1944), p. 24, que «las definiciones sobre la naturaleza de un derecho no son más que síntesis extraídas de los efectos producidos por aquel derecho; si algún efecto positivo resulta excepcional y no encaja en la definición, ésta no sirve; es falsa. Si todos los efectos encajan perfectamente dentro de la definición, ésta no tiene más valor que el de un simple recurso nemotécnico». También Alvaro RODRÍGUEZ BEREJO: *El presupuesto del Estado*, Madrid, Tecnos, 1970, pp. 41, dice que «la naturaleza jurídica de una institución no es más que una síntesis de los efectos que de ella se derivan».

(34) Fernando GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, 8.^a ed., Madrid, Tecnos, 1987, p. 399.

1985 (35). En cambio, confirmando la postura aquí sostenida de la naturaleza contractual, cabe relacionar las sentencias de 19 de febrero, 7 de noviembre y 30 de diciembre de 1985, 11 de febrero y 6 de octubre de 1986 (36).

(35) Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1972 (*Aranzadi*, 1562), ponente Mendizábal y Allende, *Concesión de marismas en bahía de Santander*, y sentencia de la Sala Tercera de 10 de noviembre de 1976 (*Aranzadi*, 4941), ponente Rodríguez Hermida, *Concesión de marismas en Noja (Santander)*. Aunque, en realidad, la concesión de marismas es una concesión de obra pública que lleva implícita una concesión demanial, según creo haber demostrado en «Consideraciones sobre el régimen jurídico de las marismas», en *RAP* núm. 96 (1981), pp. 53 y ss., continuando en este punto las tesis de Luis MORELL OCAÑA: «La concesión de marismas y el artículo 126 de la Ley del Patrimonio del Estado», en *RAP* núm. 68 (1972), pp. 172 y ss.

La segunda sentencia citada razona así, negando el carácter contractual de la concesión de dominio público (considerando 2.º): «Si bien las concesiones en general, y dentro de ellas las demaniales, ofrecen una cierta estructura contractual como consecuencia de su contenido sinalagmático, donde se producen derechos y obligaciones recíprocos de concedente y concesionario...; sin embargo, resulta notorio y evidente, ante todo, el que también se está en presencia de actos administrativos unilaterales para su perfeccionamiento y eficacia de la aceptación posterior del destinatario, constituyendo una categoría negocial individualizada en nuestro ordenamiento jurídico, perfectamente diferenciada en todas sus fases, desde el procedimiento de su elaboración o creación hasta los supuestos de su extinción.» Observaré ahora únicamente que la doctrina de esta sentencia me había llevado en alguna ocasión (p. ej., en *Consideraciones sobre el régimen jurídico de las marismas*, cit., p. 53, en nota) a sostener que el Tribunal Supremo rechazaba la caracterización de las concesiones como contratos. A la vista de la jurisprudencia que cito en la nota siguiente, he de cambiar el dato. Aunque, ciertamente, hay oscilaciones jurisprudenciales, pues en la sentencia de la Sala Cuarta de 12 de abril de 1985 (*Aranzadi*, 2204), ponente Díaz Eimil, *Concesión de quiosco de prensa en vía pública de Barcelona*, el considerando 2.º dice que la «condición predominante de la concesión demanial es la de ser unilateral y precaria».

(36) Sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1985 (*Aranzadi*, 2645), ponente Delgado Iribarren, *Concesión de oficina para Caja de Ahorros en mercado de ganados de Burgos* (el considerando 4.º de la Audiencia, aceptado, argumenta sobre el «origen contractual del derecho de la actora» y aplica la regulación del Código Civil sobre los contratos); 7 de noviembre de 1985 (*Aranzadi*, 6498), ponente García Estartús, *Concesión de locales al INP en estación de autobuses de La Coruña* (califica la concesión demanial de contrato y aplica a la misma el régimen contractual para un problema relativo al canon); 30 de diciembre de 1985 *Aranzadi*, de 1986, 1544), ponente Jiménez Hernández, *Concesión de cafetería en el zoo de Barcelona* (el considerando 5.º habla de las «las obligaciones derivadas del contrato de concesión», que impiden a la Administración declarar extinguida la obligación concesional e imponer simultáneamente su cumplimiento, debiendo seguirse en el caso la vía indemnizatoria que imponen los arts. 65 y 92 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales); 11 de febrero de 1986 (*Aranzadi*, 1428), ponente González Navarro, *Concesión de quiosco en Rambla Nova de Tarragona* (frente a la denegación administrativa de subrogación de los herederos del concesionario, denegación basada en que la legislación prohíbe la concesión a perpetuidad, el considerando 4.º razona: «Hay, por tanto, en vigor un contrato cuyo contenido obligacional ha sido establecido unilateralmente por el Ayuntamiento y aceptado por los sucesivos peticionarios, contrato que, como todos los administrativos, puede ser calificado de adhesión. Y este contrato no puede ser desconocido por la Administración, que, si considera que no es legal, debe proceder a su anulación, utilizando para ello el debido cauce procesal. [...] Y si lo que quiere es poner fin a la vida de esta llamada "concesión en permanencia", hay que hacerlo mediante el tanteo contractualmente pactado o mediante la aplicación del plazo extintivo que establece la legislación vigente...»); 6 de octubre de 1986 (*Aranzadi*, 7413), ponente Delgado Barrio, *Concesión de quiosco en Ferrol* (considerando 2.º: «El título jurídico por cuya virtud el actor o su causante disfrutaron del terreno litigioso era precisamente una concesión municipal —vía por la que se habilita al administrado para la ocupación privativa del dominio público—, y esta figura ha sido regulada en nuestro Derecho positivo con una técnica contractual, al ser de aplicación subsidiaria las normas de contratación

Para terminar ya con este punto, puede decirse que el motivo de la elección jurídico-positiva del régimen contractual quizá estribe en la mayor estabilidad que necesita la concesión de dominio público, habida cuenta del instituto reversional, que condiciona fuertemente su esquema económico. El concesionario, normalmente, realiza instalaciones fijas que, al término de la concesión, revierten a la Administración concedente; de ahí que se beneficie de un régimen jurídico contractual. Al menos, tal podría ser una explicación teórica, siquiera parcial, del fenómeno (37).

B) LA DISCRECIONALIDAD EN LAS CONCESIONES DEMANIALES

El haber destacado la naturaleza jurídica contractual de la concesión de dominio público resulta de capital importancia, si se tiene en cuenta que la regulación general directamente referida a tal concesión es de contenido fundamentalmente procedimental. La Ley de Obras Públicas, en los artículos 94 y siguientes, y el Reglamento de Bienes, en los artículos 82 a 91, prevén meticulosamente los sucesivos pasos del procedimiento concesional; pasos cuyos detalles y problemática carecen de interés a los fines de este estudio.

Conviene, en cambio, señalar la inexistencia, en términos generales, de un derecho del particular a obtener una concesión demanial. Su otorgamiento parece siempre discrecional, como indica recientemente la sentencia de 30 de julio de 1986 (38). No obstante, cabe realizar algunos matices con respecto a esa afirmación inicial:

a) Para empezar, debe recordarse que potestad discrecional no equivale a potestad arbitraria, puesto que la discrecionalidad no deja de sujetarse a ciertos límites, constitutivos de medios de fiscalización administrativa, según puso de relieve García de Enterría (39). Pero, al margen de las técnicas generales de control de la

de las Corporaciones locales.». Las citas de jurisprudencia reciente sobre la naturaleza contractual de las concesiones demaniales podrían multiplicarse; se observará que la calificación está hecha siempre en función de la necesidad de dar solución a concretos problemas de régimen jurídico; no hay, pues, vano discurrir por cuestiones abstractas.

(37) Sobre la necesidad de comprender en términos económicos el instituto reversional, véase Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo*, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1974, pp. 77-78.

(38) Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1986 (*Aranzadi*, 7050), ponente Martín del Burgo, *Concesión de piscicultura marina en playa de la Verga, de Mogán (Gran Canaria)*.

(39) Citaré el conocido estudio de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Madrid, Civitas, 1974. Más recientemente, parece recomendable, sin perjuicio de concretas discrepancias, el voluminoso estudio de Antonio MOZO SEOANE: *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*, Madrid, Montecorvo, 1985.

discrecionalidad administrativa, existen elementos que limitan concretamente la discrecionalidad en el otorgamiento de concesiones, como señalara Sebastián Martín-Retortillo (40).

b) Así, un primer límite de tal discrecionalidad vendría constituido por lo que el conocido dictamen del Consejo de Estado de 28 de junio de 1952 llamó el «derecho al trámite y al procedimiento» (41):

«En el otorgamiento y denegación de concesiones para los supuestos normales, la discrecionalidad alcanza solamente a la denegación. En este aspecto el particular peticionario no tiene ningún derecho al contenido, sino que resulta solamente investido de un derecho al trámite y al procedimiento, teniendo de este modo un puro derecho formal a que se le otorgue o deniegue la solicitud de concesión mediante el debido procedimiento.»

Derecho al trámite y al procedimiento que, sin embargo, en algún caso podrá denegarse. Así ocurrió en el supuesto contemplado por la sentencia de 12 de abril de 1985, donde la Administración negaba el acceso a la licitación para una concesión demanial a personas jurídicas, por razones estimables de justicia social (42).

c) En ocasiones, la normativa establece reglas de fondo para el otorgamiento de concesiones, como sucede con el orden de preferencias que rige en las concesiones de aguas (art. 58.3 de la Ley de Aguas); si bien, aun en ese caso, la norma se preocupa de precisar que el otorgamiento será discrecional (art. 57.4).

d) La determinación normativa que mayores problemas suscita se refiere a aquellos casos llamados de «proyectos en competencia»; es decir, los supuestos en que la Administración —por propia iniciativa o a petición de un particular— saca a licitación pública el otorgamiento de una concesión, conforme a ciertas condiciones sobre cuya mejora versa la licitación (por ejemplo, arts. 97 de la Ley de Obras Públicas y 87 del Reglamento de Bienes). ¿No habrá entonces un derecho a obtener la concesión por quien, cumpliendo las condiciones, presente la mejor oferta?

(40) Sebastián MARTÍN-RETORTILLO: *Aguas públicas y obras hidráulicas. Estudios jurídico-administrativos*, Madrid, Tecnos, 1966, pp. 257 y ss.

(41) Dictamen del Consejo de Estado de 28 de junio de 1952, expediente número 9.329, en *Recopilación de Doctrina Legal* (1951-1952), número 15.

(42) Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1985 (*Aranzadi*, 2204), ponente Díaz Eimil, *Concesión de quiosco de prensa en vía pública de Barcelona*: «forzoso es concluir que la exclusión a todos los efectos de dichas personas jurídicas de los referidos concursos de concesión demanial viene respaldada y legitimada por una clara y notoria justificación objetiva y razonable, que se manifiesta congruente y adecuada a un fin de justicia social y promoción de trabajo de las clases necesitadas, siendo ello merecedor de confirmación judicial».

e) Por último, cabe señalar que, conforme a la legislación minera, parece existir un derecho a la concesión de explotación por quien ha obtenido previamente un permiso de investigación, cuando se demuestre la existencia de un recurso mineral; al menos, parece existir tal derecho si se presenta la documentación pertinente y el debido proyecto de aprovechamiento racional del recurso (arts. 67 y 68 de la Ley de Minas).

C) EL CONTENIDO DE LAS CONCESIONES DEMANIALES: LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS

Los derechos y deberes que surgen de la concesión se plasman en el pliego de cláusulas o condiciones, pliego cuyo contenido se fija libremente por la Administración, conforme al carácter de contrato de adhesión del negocio concesional.

No obstante, esa libertad administrativa para fijar las cláusulas del contrato, aparece limitada en nuestro Derecho por dos medios:

a) En primer lugar, a través del establecimiento normativo de un clausulado mínimo, como sucede en los artículos 96 de la Ley de Obras Públicas y 80 del Reglamento de Bienes. Obsérvese que los preceptos ordenan introducción de las cláusulas que relacionan en la concesión, extremo que denota, de nuevo, la naturaleza contractual del negocio. Es lo pactado con el concesionario lo que cuenta —aunque sea un pacto de adhesión— y no lo ordenado directamente por la norma.

b) Otro medio que limita la libertad administrativa de fijar el clausulado de la concesión demanial consiste en la técnica —bien conocida en el ámbito de la contratación administrativa— de los pliegos de condiciones generales. El artículo 126 de la Ley del Patrimonio del Estado obliga, así, a los distintos Ministerios a aprobar esos pliegos generales, estableciendo un procedimiento especial de aprobación de los pliegos de condiciones particulares que se aparten de las condiciones generales.

En todo caso, la concesión demanial crea una potestad del concesionario sobre su objeto; potestad que, como certera y tempranamente puso de relieve Alcalá-Zamora, reúne los caracteres de derecho real. Tesis que, aun combatida por algunos autores, luce en los artículos 334.10 del Código Civil y 31 del Reglamento Hipotecario. Más recientemente, ha sido mantenida por González Pérez, quien señala que al concesionario se le reconoce un poder inmediato sobre un objeto, que por ello queda vinculado al propio concesionario (tal es el concepto de derecho real que proporciona De Castro) (43).

(43) Jesús GONZÁLEZ PÉREZ: *Los derechos reales administrativos*, Madrid, Civitas, 1975 (publicado en 1957 en *RCD*).

La jurisprudencia viene aceptando con normalidad que la concesión demanial entraña un auténtico derecho real, registrable, hipotecable y transmisible: sentencias de 8 y 14 de noviembre de 1974, por ejemplo, o, más cercana, sentencia de 19 de febrero 1985 (44). Incluso, la sentencia de 17 de abril de 1987 ha afirmado tal doctrina frente a la postura contraria que impera con respecto a la concesión de servicio público (45).

La concesión demanial, en cuanto título de un derecho real administrativo, es susceptible de tráfico jurídico-privado. Tráfico que, en principio, parece enteramente libre, según dispone el artículo 103 de la Ley de Obras Públicas, salvo la obligación de dar cuenta de la enajenación o transferencia a la Administración y salvo, claro está, los supuestos en que la legislación especial exige autorización administrativa (por ejemplo, art. 97 de la Ley de Minas). Así lo han entendido las sentencias de 12 de abril de 1980 y 23 de enero de 1984 (46). En cambio, la sentencia de 19 de junio de 1985 considera necesaria la autorización administrativa de la transmisión, probablemente debido a una inadecuada traslación de soluciones propias de la concesión de servicio público (47).

(44) Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1974 (*Aranzadi*, 4450), ponente Mendizábal y Allende, *Concesión minera en Cataluña*; de 14 de noviembre de 1974 (*Aranzadi*, 4357), ponente Roldán Martínez, *Concesión de aguas*, y sentencia de la Sala Cuarta de 19 de febrero de 1985, cit. en nota número 36, donde se argumenta que «siendo el derecho nacido de una concesión de dominio público..., de naturaleza jurídico-real, por implicar un poder directo e inmediato sobre la cosa, la destrucción física de ésta determina la extinción del derecho, en tanto que la desaparición jurídica —cambio de naturaleza del bien por su desafectación—... da lugar a una novación, con sustitución de la relación jurídico-administrativa por otra jurídico-privada» (considerando 4.º de la Audiencia aceptado). Obsérvese que esa novación de que habla la última sentencia tiene confirmación normativa en el artículo 127 de la Ley del Patrimonio del Estado («Continuarán en la posesión de sus derechos los titulares de concesiones... sobre bienes de dominio público cuando éstos pierdan su carácter por incorporarse al Patrimonio del Estado»).

(45) Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1987 (*Aranzadi*, 2671), ponente Ruiz Jarabo, *Concesión en zona portuaria de La Coruña*: mantiene el sometimiento de la concesión demanial a la contribución territorial urbana, en contra de lo sostenido en otras ocasiones (que luego se expondrán) para concesiones de servicio público, debido a que el titular de la concesión de dominio público «tiene un derecho de goce sobre los bienes de naturaleza urbana objeto de la concesión, al igual que lo tienen los demás titulares de alguno de los derechos reales aludidos en el artículo 16 del texto refundido de la Contribución Urbana» (considerando 2.º).

(46) Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1980 (*Aranzadi*, 1332), ponente Sainz de Robles, *Concesión en zona marítimo-terrestre* («las concesiones demaniales son libremente transferibles a terceros») y sentencia de la Sala Cuarta de 23 de enero de 1984 (*Aranzadi*, 143), ponente Martín Martín, *Concesión de hotel en monte de utilidad pública en Candanchú*, («surge una titularidad o derecho real administrativo a favor del particular concesionario y plenamente transmisible a tercero, sin que pueda confundirse la notificación o puesta en conocimiento de la transmisión a la Administración concedente, con la previa sujeción a autorización para obtener plena eficacia», considerando 2.º).

(47) Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1985 (*Aranzadi*, 4146), ponente Díaz Eimil, *Concesión de quiosco frente al mercado central de Elda*, donde se razona «que siendo una de las obligaciones esenciales de todo concesionario la de no cederla o traspasarla a terceros sin la anuencia de la Corporación, que sólo puede autorizarla en casos

D) LA EXTINCIÓN DE LAS CONCESIONES DEMANIALES

La extinción del negocio concesional puede producirse por tres causas típicas, aparte de las comunes a los restantes contratos administrativos. Tales son la reversión, el rescate y la caducidad.

La reversión se produce por el transcurso del plazo concesional, que las normas generales fijan en un máximo de noventa y nueve años: Artículos 101 de la Ley de Obras Públicas, 126 de la Ley del Patrimonio del Estado y 79 del Reglamento de Bienes. Aunque las normas especiales suelen establecer plazos menores: setenta y cinco años, la Ley de Aguas (art. 57.4); treinta años prorrogables hasta noventa, la Ley de Minas (art. 62.1); treinta años, prorrogables hasta cincuenta, la Ley de Hidrocarburos (art. 29); treinta años, la Ley de Costas (art. 66.2). Está claro que ya no caben las concesiones perpetuas, en otro tiempo admitidas por nuestro Derecho; la perpetuidad, como señala la sentencia de 31 de diciembre de 1986, «es incompatible con la subsistencia del dominio público, en cuanto es inalienable e imprescriptible» (48).

El rescate de la concesión no es sino un supuesto expropiatorio (y así lo demuestra el art. 41 de la Ley de Expropiación Forzosa) acomodado al contrato concesional: la «facultad de la Corporación de dejar sin efecto la concesión antes del vencimiento, si lo justificasen circunstancias sobrevenidas de interés público, mediante resarcimiento de los daños que se causaren, o sin él cuando no procediere», según expresa el artículo 80.10 del Reglamento de Bienes. En principio, todo rescate debe producirse mediante indemnización, aunque la práctica administrativa ha generado, en contra de esa obligación resarcitoria de la Administración,

taxativamente previstos —art. 128.1.5.º del Reglamento de Servicios—, es claro que... el apelante incurrió en infracción grave de sus obligaciones al cederla a un tercero sin obtener previamente anuencia municipal, incidiendo con ello en causa de caducidad sin derecho a indemnización [...], y si ello es así en toda auténtica concesión, mucho más tiene que serlo en la llamada concesión demanial, considerada por la doctrina y por el Reglamento de Servicios como figura jurídica de inferiores intensidad y estabilidad que la concesión de obras y servicios...». Parece claro que la sentencia traspasa sin tino la solución de la concesión de servicio público a la concesión demanial.

(48) Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1986 (Aranzadi, 8125), ponente Martín del Burgo, *Concesión de sepultura en cementerio municipal de La Luisiana*. La misma Sala y el mismo ponente, en sentencia de 14 de julio de 1981 (Aranzadi, 3484), *Concesión de barracas en playa de Las Canteras de Las Palmas*, califica a la concesión, con expresión que ha hecho fortuna en cierta jurisprudencia, de «negocio fijo» o «negocio de término esencial», «lo que quiere decir que esta figura jurídica no es concebible en una dimensión temporal indefinida y que, más pronto o más tarde, la concesión ha de caducar, constituyendo la caducidad un efecto *ex lege*, propio de los negocios fijos, aunque sometido, en principio, para su plena efectividad, al presupuesto (*conditio iuris*) de la declaración expresa de la Administración; declaración que se limita a constatar la producción del hecho extintivo de la concesión y a manifestarlo, para así eliminar toda duda al respecto y suprimir el equívoco de una situación de apariencia, de una concesión en realidad caducada, pero hasta entonces no declarada» (considerando 8.º).

las cláusulas de precario, de dudosa legalidad, según destacó Martín Mateo (49).

La caducidad nos sitúa ante un supuesto sancionatorio. Como consecuencia del incumplimiento grave de sus obligaciones por el concesionario, se faculta a la Administración para declarar extinguida la concesión: Artículos 96.4 y 105 de la Ley de Obras Públicas y 80.12 del Reglamento de Bienes.

2. Las concesiones de obras públicas

A) LA CONSIDERACIÓN DE LAS ANTIGUAS CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS COMO CONCESIONES DE SERVICIOS PÚBLICOS

La mayor parte de los supuestos calificados como concesiones de obras públicas en la legislación general de finales del siglo XIX (época de la Restauración) deben ser tenidas en la actualidad como concesiones de servicio público. La concesión de obra pública fue una fórmula adecuada para financiar la construcción de obras públicas sin necesidad de movilizar capitales públicos: el concesionario realizaba las obras bajo la vigilancia de la Administración, obteniendo su necesaria retribución de la explotación posterior de las mismas, esto es, de la prestación de un servicio público, concepto que todavía no era manejado en aquel momento (50).

El dato anterior aparece reflejado con claridad en la Ley General de Obras Públicas de 1877. De su articulado resultaban cuatro modalidades de concesión de obras públicas (51):

a) La primera se refería al caso de contratación de obras públicas costeadas por el Estado (capítulo III), que podían contratarse «otorgando a los contratistas el derecho de disfrutar por tiempo determinado del producto de los arbitrios que se establezcan para el aprovechamiento de las obras» (art. 26.2; véanse también arts. 24 y 28).

b) La segunda modalidad recogía el supuesto de concesiones de obras públicas financiadas íntegramente por el concesionario («obras ejecutadas por particulares para las cuales no se pida subvención ni ocupación del dominio público», decía el capítulo VI de la Ley). Tales concesiones tenían por objeto «construir y

(49) Véase Ramón MARTÍN MATEO: «La cláusula de precario en las concesiones de dominio público», en *RAP* núm. 56 (1986), pp. 106 y ss.

(50) Para alguna opinión, es posible que en la legislación decimonónica las concesiones de obras equivalgan a lo que actualmente son los contratos de obras públicas, según indica ALBI: *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, cit. p. 502.

(51) Los principios generales de estas modalidades concesionales se exponen por Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: «Las obras públicas», en *RAP* núms. 100-102 (1983), vol. III, pp. 2461 y ss.

explotar una obra pública» (art. 58); explotación mediante tarifas (art. 63.2), que determinaba la fijación de un plazo límite de otorgamiento de noventa y nueve años (art. 55), y cuyo desenvolvimiento —conforme a las condiciones establecidas (art. 60.3)— era vigilado por la Administración (art. 65).

c) La tercera modalidad trataba de las concesiones de obras públicas subvencionadas con fondos públicos (cap. VII), en cuya regulación se advierte también el dato esencial de la construcción y subsiguiente explotación de la obra pública, medio esta última de que el concesionario alcanzara su retribución. De ahí la fijación, de nuevo, del plazo concesional máximo de los noventa y nueve años (art. 75) y de los poderes de vigilancia de la Administración «durante su construcción y explotación». Explotación de la obra pública que no era otra cosa que la prestación de un servicio público, en cuya regulación se advertía ya la incidencia del principio de continuidad; en efecto, el artículo 87 preveía que «cuando por culpa de la empresa se interrumpiese el servicio público de una obra subvencionada, el Ministro de Fomento, la Diputación o Ayuntamiento, según los casos, adoptará desde luego las disposiciones necesarias para asegurarlo provisionalmente por cuenta del concesionario».

d) Por último, la cuarta modalidad de concesión de obras públicas se refería a los supuestos en que fuera necesaria la ocupación del dominio público o del patrimonio privado de la Administración (cap. VIII). En tales casos, se añadía la necesidad de específicas concesiones (arts. 94 a 105 para concesiones demaniales y art. 111 para concesión patrimonial) o autorizaciones (arts. 106 a 109 para autorización demanial y art. 112 para autorización patrimonial). Pero siempre, desde el punto de vista que ahora interesa, según siendo aplicables las reglas de las dos modalidades anteriores de concesión de obras públicas, según se tratara «de obras no subvencionadas o de aquéllas para cuya ejecución se solicitara auxilio de cualquier clase procedente de fondos públicos» (art. 94). Quiere decirse que también en estos supuestos la retribución del concesionario venía dada por la explotación de las obras realizadas. Específicamente prueban tal aserto las referencias a las tarifas «para el uso y aprovechamiento de la obra» (art. 96.5.º), tarifas sobre cuya rebaja versaba la licitación (art. 98.2), correspondiendo a la Administración, al igual que en las otras modalidades, «vigilar por el exacto cumplimiento de las cláusulas estipuladas, así durante la ejecución de las obras como durante su explotación» (art. 104.2).

Explotar una obra pública, cobrando tarifas a los usuarios, no es sino prestar un servicio público, en terminología moderna. Ninguna

reticencia debe producirse frente a esta calificación por escrúpulos derivados del concepto de servicio público, dado que tal concepto se encuentra trivializado, desde un punto de vista material, en el Derecho vigente. Buen testimonio de ello es el artículo 85.1 de la Ley Básica del Régimen Local, con su declaración de que «son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades locales», fines que, como es sabido, se orientan por la omnicomprensiva fórmula de «satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal» (art. 25.1 de la misma Ley Básica). Con frecuencia, incluso, la expresión «obras y servicios públicos» se utiliza por nuestro Derecho como expresiva de la acción típica de la Administración, del «giro o tráfico» del instituto administrativo, según señalara García de Enterría (52).

Las concesiones de obras públicas de nuestra legislación general del siglo XIX encajan, pues, por lo común, en el tipo de la concesión de servicios públicos, cuando ésta comprende, no el mero ejercicio del servicio público, sino «la construcción de un obra o instalación y la subsiguiente gestión del servicio a que estuvieren afectas» [art. 114.2.a) del Reglamento de Servicios]. De ahí la lógica absorción de los viejos supuestos de concesión de obra pública por la concesión de servicio público en las modernas regulaciones (53).

B) EL CONCEPTO ACTUAL DE LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

Llegados a este punto, pudiera parecer que la concesión de obra pública carece ya de campo material de desenvolvimiento. Sin embargo, lo cierto es que la denominación se sigue conservando y puede ser útil para agrupar algunos supuestos que no encajan estrictamente ni en la concesión de servicio público ni en la concesión de dominio público.

Cabe, así, considerar la concesión de obra pública como el negocio jurídico por el que la Administración encarga la realización de una obra pública a otra persona, cuya compensación económica deriva del uso de la obra pública, aunque pudiera existir también una aportación administrativa en forma de subvención. Definición que puede encajar en los tipos generales expuestos de la Ley de Obras

(52) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 4.ª ed., Madrid, Civitas, 1983, p. 50.

(53) Aspecto puesto de relieve por Rafael GÓMEZ-FERRER: «En torno a la Ley de Autopistas de Peaje», en *RAP* núm. 68 (1972), pp. 331-333. Téngase presente, sin embargo, el papel histórico de «tronco institucional» que corresponde al concepto de obra pública, según pone de relieve FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Las obras públicas*, cit., p. 2438: «El Derecho administrativo de nuestros días debe, pues, mucho a la obra pública, auténtico tronco institucional de la disciplina y motor de su evolución en la segunda mitad del siglo pasado».

Públicas, en la medida en que esos tipos no parecen imponer, como elemento necesario, la explotación de la obra a costa de unos usuarios. La prestación de un servicio público a través de la obra pública parece ser, simplemente, la vía normal de retribución del concesionario, según los esquemas de la Ley de Obras Públicas. Sin excluir, por tanto, un modo de retribución basado en el uso directo de la obra pública; concepto éste de uso de la obra pública que comprende también, como una de sus modalidades, los incrementos de valor de bienes privados del concesionario.

El modo de remuneración diferencia la concesión de obra pública del contrato de obra pública, donde la remuneración del contratista consiste en un precio cierto a cargo de la Administración.

El modo de remuneración y la ausencia de prestaciones al público diferencian la concesión de obra de la concesión de servicio público, cuando ésta comprende la previa construcción de la obra. En efecto, la remuneración del concesionario del servicio público depende normalmente de las tarifas que percibe de los usuarios. Y, en todo caso, la concesión de servicio público entraña la realización de prestaciones en favor de los usuarios, extremo ajeno a la concesión de obra pública.

Advertiré, no obstante, que en el Derecho francés la concesión de obra pública no impide la ejecución de prestaciones en favor de usuarios. El clásico Laubadère la define como el «convenio por el que una persona pública encarga a otra persona la realización de una obra pública y la explotación de la obra resultante, mediando una remuneración determinada por los resultados financieros de la explotación» (54). Ello es debido a que en ese ordenamiento parecen poder distinguirse formalmente los conceptos de obra pública y servicio público. Situación no equiparable a la del Derecho español donde, según indiqué antes, la explotación de una obra pública mediante el uso por terceros debe reputarse como prestación de un servicio público. De ahí que el criterio de distinción entre la concesión de obra y la de servicio deba operar sobre otras bases. Diré más: la concesión de obra pública en el Derecho español no es coincidente con la concesión de obra pública en el Derecho francés. En nuestro ordenamiento, su funcionalidad ha de ser más restringida, al no manejarse un concepto formal de servicio público.

La concesión de obra pública puede llevar implícita una concesión demanial. Pero, así como el punto de mira prevalente de esta última es el uso privativo o anormal del dominio público, en la concesión de obra pública la finalidad esencial del negocio estriba

(54) DE LAUBADÈRE, MODERNE y DEVOLVE: *Traité des contrats administratifs*, tomo I, cit., p. 309.

en la construcción de la obra. Obra pública que, a su vez, puede servir para transformar el inmueble en bien demanial, por su afectación a un uso o servicio público (55).

C) EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

Ejemplos de concesiones de obras públicas pueden ser la concesión de marismas, la concesión de obra urbanizadora y la concesión de obras portuarias.

La concesión de desecación o saneamiento de marismas ha sido objeto de un profundo cambio normativo en la Ley de Aguas de 1985. Con anterioridad, la Ley Cambó de 24 de julio de 1918 establecía un completo cuadro de medidas favorecedoras de la desecación de zonas húmedas, posibilitan incluso el paso a la propiedad privada del concesionario de la marisma desecada, originariamente bien demanial (56). Pues bien, la nueva Ley de Aguas deroga expresamente la Ley Cambó (Disp. derogat. 1) y da preferencia al interés público de protección del medio ambiente, permitiendo la desecación o el saneamiento de marismas sólo por motivos de insalubridad o de interés público (arts. 103.6 de la Ley de Aguas y 283 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico).

Al margen ahora de la filosofía conservacionista de esta nueva regulación, interesa señalar que, en los casos procedentes, la desecación o el saneamiento de una marisma puede realizarse mediante una concesión que responda al tipo de la concesión de obra pública.

En efecto: a) El carácter de obra pública de la desecación y saneamiento de marismas está reconocido en la Ley de Obras Públicas de 1877 (arts. 1; 4.5.^a, 5.3.^o, 6.3.^o, 7.4.^a y 5.^a). b) El sistema concesional para la realización de tal obra pública está permitido por los arts. 48 de la Ley de Puertos, 127 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario y 103.3 de la Ley de Aguas. c) El carácter de concesión de obra pública deriva de la obligación del concesionario de desecar o sanear la marisma y del derecho a ser compensado de su inversión por el uso del terreno durante un plazo (57).

(55) La obra pública concebida como transformación física de un inmueble demanial o como vía de transformación en bien demanial de un inmueble, es idea sostenida por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Las obras públicas*, cit., pp. 2434 y ss.

(56) Creo que no tengo más remedio que, una vez más, citar mi trabajo *Consideraciones sobre el régimen jurídico de las marismas*, cit., sobre todo pp. 49 y ss., con referencia específica a la Ley Cambó y a los problemas que suscitaba.

(57) Hago notar que las cláusulas de la concesión pudieran ser de otro tenor, no encontrándonos entonces ante una concesión de obra pública. Sobre la calificación de la concesión de marismas como concesión de obra pública recuerdo el estudio de MORELL OCAÑA: *La concesión de marismas*, cit., pp. 172 y ss.

Las normas referidas directamente a la concesión de marismas no desarrollan prácticamente su régimen jurídico, salvo el artículo 279.2 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que remite al procedimiento general de uso de los bienes integrantes del demanio hídrico. Ese silencio de las normas hace que la cuestión de la naturaleza jurídica cobre aquí una importancia capital. Pues bien, parece que la concesión de marismas ha de reputarse como un contrato administrativo, por las razones dadas al tratar del carácter de las concesiones demaniales, ya que la concesión de desecación lleva implícita una concesión demanial sobre la marisma, bien de dominio público.

Algunas concesiones de puertos se configuran como concesiones de obras públicas. El esquema argumental para llegar a tal conclusión es paralelo al desarrollado con respecto a las marismas: Los puertos tienen la consideración de obras públicas (arts. 1, 4.3.º, 5.2.º, 6.4.º, 7.2.º de la Ley de Obras Públicas), que pueden realizarse mediante concesión (el puerto u obras en el mismo: arts. 41 y siguientes de la Ley de Puertos); concesión que será de obra pública cuando entrañe la obligación de construir la obra y el derecho a ser compensado por su uso durante cierto plazo.

Al igual que en el caso de las marismas, la naturaleza contractual de la concesión de puertos deriva de la concesión demanial implícita (58).

La llamada concesión de obra urbanizadora está regulada en la legislación urbanística: El artículo 114.2 de la Ley del Suelo permite que la ejecución de planes mediante el sistema de expropiación sea objeto de concesión administrativa. Concesión que para López Pellicer «constituye un supuesto típico de concesión de obra pública en la esfera local, en virtud de la cual el Ayuntamiento otorga a un particular (concesionario), por razones de interés público y bajo determinadas condiciones, las facultades necesarias para la ejecución de obras de urbanización, resarcándose de los gastos que esta ejecución comporta mediante la enajenación de los solares resultantes o de las construcciones, viviendas, etc., realizadas sobre los mismos» (59).

No obstante, cabe señalar que la concesión de obra urbanizadora pudiera comprender también la explotación de servicios públicos en la zona a urbanizar [art. 212.2.d) y f) del Reglamento de Gestión Urbanística]. En tal caso, serían comprensibles las reticen-

(58) Sobre el régimen jurídico de las concesiones de dominio público portuario, véase COSCULLUELA MONTANER: *Administración portuaria*, cit., pp. 160 y ss.

(59) LÓPEZ PELLICER y SÁNCHEZ DÍAZ: *La concesión administrativa en la esfera local*, cit., p. 231. La calificación del supuesto como concesión de obra pública es seguida también por Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Manual de Derecho Urbanístico*, 7.ª ed., Madrid, Abella, 1987, p. 166.

cias que García de Enterría y Parejo Alfonso muestran al calificar esta concesión como concesión de obra pública (60). Aunque entiendo que entonces no estaríamos en presencia de una concesión específica, no encuadrable en las categorías típicas, sino ante una simple concesión de servicio público que comprende la realización de obras públicas.

La regulación detallada de la concesión de obra urbanizadora se contiene en el artículo 212 del Reglamento de Gestión Urbanística, que relaciona el contenido mínimo del negocio concesional. Al margen de ese contenido, la naturaleza contractual de esta concesión deriva de la expresa remisión al régimen jurídico de la contratación administrativa, tanto para aspectos procedimentales (art. 212.1) como de fondo [art. 212.2.n)].

Tras este pequeño recorrido por regulaciones específicas de concesiones de obra pública, parece ha de llegarse a la conclusión de que tales concesiones tienen grandes puntos de contacto con las concesiones demaniales. La concesión de obra pública semeja una concesión de dominio público individualizada por el objeto esencial de la construcción de una obra pública; objeto que, sin embargo, habida cuenta de la naturaleza contractual del negocio, justificará el acudir a la regulación del contrato de obra pública para solucionar los problemas de régimen jurídico que se planteen.

Pero, por otra parte, junto a la proximidad a la concesión demanial, ha de tenerse presente lo dicho al principio, en el sentido de que si la construcción de una obra da lugar a prestaciones en favor de terceros, la calificación procedente es la de concesión de servicio público.

3. Las concesiones de servicios públicos

Las regulaciones genéricas sobre concesiones de servicio público están contenidas en los artículos 114 a 137 del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales y en los artículos 62 a 82 de la Ley de Contratos del Estado, desarrollada en los artículos 196 a 236 del Reglamento General de Contratación del Estado. Las regulaciones específicas son abundantes, siendo dificultosa la simple empresa de intentar su enunciación. La concesión de servicio público se utiliza en materia de comunicaciones (televisión privada, tercer canal de televisión, radio, estaciones de telecomunicación), transportes (terrestres, marítimos, aéreos), suministros (gas, electricidad), infraestructuras vicarias (autopistas, túneles)... todos los servicios públicos, salvo los que conllevan ejercicio de

(60) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Luciano PAREJO ALFONSO: *Lecciones de Derecho Urbanístico*, 2.^a ed., Madrid, Civitas, 1981, p. 570.

autoridad, son susceptibles de ser gestionados de forma indirecta, mediante concesión administrativa. Piénsese, por ejemplo, en el amplio campo de desenvolvimiento del instituto concesional en relación con los servicios locales: Podemos encontrar concesiones de abastecimiento de aguas, de depuración de las residuales, de residuos urbanos, de mercados, de transporte público de viajeros, de pompas fúnebres, de alumbrado público, de campos de deporte...

A) EL PERFIL DE LA CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO: SOBRE EL USO ABUSIVO DE LA CATEGORÍA

La concesión de servicio público es el negocio jurídico por el que la Administración encomienda a otra persona la explotación de un servicio público, mediando una remuneración determinada por los resultados financieros de la explotación (61).

La concesión de servicio puede comprender dos modalidades, según indica el artículo 114.2 del Reglamento de Servicios: «La construcción de una obra o instalación y la subsiguiente gestión del servicio a que estuvieren afectos» o «el mero ejercicio del servicio público, cuando no requiera obras o instalaciones permanentes o estuvieren ya establecidas».

La primera modalidad conduce, según se ha expuesto antes, a que la mayor parte de los supuestos denominados concesiones de obras en nuestra legislación decimonónica deban reputarse en la actualidad como concesiones de servicios. Si a ese dato se añade el conocido principio de atracción de las concesiones demaniales

(61) Recojo prácticamente la definición de LAUBADÈRE, MODERNE y DEVOLVE *Traité des contrats administratifs*, t. 1, cit., p. 297, que me parece coincidente con la que podría deducirse de los arts. 62.1 y 66.1.^a de la Ley de Contratos del Estado (contrato por el que la Administración encomienda a una persona la gestión de un servicio a su riesgo y ventura). Más compleja y descriptiva es la definición que proporciona ALBI: *Tratado de los modos de gestión*, cit., p. 540: «un modo de gestión, de naturaleza contractual, en virtud del cual una persona extraña al concedente aporta los medios financieros indispensables para la implantación de una actividad de la competencia de la Administración pública, realiza las obras e instalaciones necesarias a dicho fin y presta al público el correspondiente servicio durante el período estipulado, sometiéndose para ello a las regulaciones generales establecidas por la propia Administración y percibiendo de los usuarios una contraprestación económica que le permita amortizar su desembolso inicial y cubrir los gastos de conservación y explotación, con el procedente beneficio industrial, revirtiendo en forma gratuita a la Administración, al terminar el contrato, todos los elementos materiales afectos al servicio». LÓPEZ PELLICER: *La concesión administrativa en la esfera local*, cit., también da una larga definición descriptiva: «una modalidad de gestión indirecta de servicios públicos de competencia local, mediante la cual la Entidad local titular transfiere u otorga a un particular, por razón de interés público y bajo ciertas condiciones, las facultades necesarias para la gestión y explotación del servicio público de que se trate, así como, en su caso, la ejecución de las obras e instalaciones necesarias para ello, percibiendo el concesionario la correspondiente remuneración y asumiendo el riesgo económico de la empresa, bajo el control de la Administración concedente, y cuyo otorgamiento se realiza durante cierto tiempo, a cuyo término revierte a ésta el servicio con los bienes o elementos materiales afectados al mismo».

por las de servicios (arts. 74.2 y 3 del Reglamento de Bienes, que remite al Reglamento de Servicios para el uso de los bienes de servicio público), no será difícil concluir el protagonismo que, entre todas las categorías concesionales, corresponde a la concesión de servicios públicos.

Protagonismo que puede llegar a ser excesivo, si se tiene en cuenta que el uso indebido de la segunda modalidad de concesión de servicios sirve para convertir indiscriminadamente a la institución en modo gestor de cualquier actividad administrativa.

Ese uso indebido del instituto concesional se manifiesta, por ejemplo, en el caso contemplado por la sentencia de 17 de mayo de 1983. Un Ayuntamiento había contratado la limpieza pública, recogida de basuras domiciliaria y limpieza de alcantarillado, por un precio cierto, suscitándose el problema de la calificación de tal contrato, a raíz de la solicitud del contratista de aumento del precio.

Para la sentencia no cabe duda de que se trata de una concesión de servicio público, por dos razonamientos: el primero se refiere a la inexistencia de otras modalidades de gestión indirecta [«al no existir otras modalidades o formas de gestión indirecta de los servicios municipales que la concesión, el arrendamiento y el concierto —art. 113 del Reglamento de Servicios—; como quiera que no cabe admitir el arrendamiento, pues no se arrendaron instalaciones municipales (art. 138 del citado Reglamento), ni el concierto, ya que la entidad recurrente no tenía previamente establecidos los servicios (art. 143 del repetido Texto reglamentario), es claro que no queda otra calificación que la de concesión»]; el segundo razonamiento se refería a la irrelevancia para la calificación concesional de la infracción del clausulado mínimo de la concesión de servicios, infracción que no podía actuar en perjuicio del recurrente, y a la irrelevancia también de la circunstancia de que el reclamante no percibiera su retribución mediante tasas a cargo de los usuarios, puesto que el artículo 129 del Reglamento de Servicios permite la remuneración mediante subvención, «a la que equivale el canon anual que abona el Ayuntamiento» (62).

De los dos argumentos indicados, no habría nada que objetar, en un plano general, al segundo. En cambio, suscita oposición el primero, que pone de relieve una cierta hipertrofia del instituto concesional. Resulta que, por exclusión, el contrato de limpieza pública con precio cierto es una concesión de servicio público.

(62) Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1983 (*Aranzadi*, 3356), ponente Delgado-Iribarren, *Concesión del servicio de limpieza pública del Ayuntamiento de Tudela*, considerando 2.º de la Audiencia aceptado. En casos similares el Tribunal Supremo ha calificado siempre la relación jurídica como concesión de servicio público: véanse, por ejemplo, las sentencias de la Sala Cuarta de 24 de abril de 1985 (*Aranzadi*, 2229), ponente Martín del Burgo, *Concesión de limpieza pública en Jaén*, y 20 de octubre de 1987 (*Aranzadi*, 8679), ponente Delgado Barrio, *Concesión de limpieza pública en Santiago de Compostela*.

Como no es un arrendamiento de instalaciones ni un concierto, es una concesión. Sin embargo, no es así, no puede ser así, porque la existencia del precio cierto en el contrato elimina por completo uno de los rasgos caracterizantes de la concesión: que la retribución del concesionario venga determinada por los resultados financieros de la explotación. Tal es el principio de riesgo y ventura, resaltado conceptualmente por el artículo 66, 1.º de la Ley de Contratos del Estado.

No puede ser concesión un negocio jurídico con precio cierto. El contrato de limpieza pública sería un contrato de arrendamiento de servicios (el contrato por el que una parte se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto, según el art. 1.544 del Código Civil) o cualquier otra modalidad contractual establecida conforme al principio de la libertad de pactos (arts. 1.255 del Código Civil y 3 de la Ley de Contratos del Estado). Contrato administrativo, dado que se vincula al desenvolvimiento regular de un servicio público (art. 4, 2.ª de la Ley de Contratos del Estado), sin que quepa entender que la limitación de las formas de gestión indirecta de los servicios públicos (art. 113 del Reglamento de Servicios) afecte a la capacidad jurídica de una Administración dotada de personalidad. La Administración tiene capacidad para contratar y lo hace precisamente conforme al modelo del contrato administrativo cuando los contratos tienen por finalidad «obras y servicios públicos de cualquier especie» [según la conocida fórmula del art. 3, a) de la Ley de lo Contencioso-Administrativo]. Si no se admite esta postura, llegaríamos al absurdo de considerar concesiones de servicio público a todos los contratos administrativos.

De todas formas, en el caso resuelto por la sentencia de 17 de mayo de 1983 había, al menos, un servicio público, manifestado en prestaciones a terceros (la recogida domiciliaria de basuras). En otros supuestos ni tan siquiera existe el servicio al público: por ejemplo, la sentencia de 18 de noviembre de 1986 considera concesión de servicio público el contrato de limpieza de un hospital por precio cierto (63).

La concesión debe aplicarse pues a la prestación de servicios al público realizada a riesgo y ventura del concesionario. Requisito necesario para la correcta utilización del instituto concesional es que la gestión afecte a servicios de contenido económico, susceptibles de explotación por empresarios particulares, según indica el artículo 63 de la Ley de Contratos del Estado (64). De ahí que la

(63) Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1986 (Aranzadi, de 1987, 410), ponente García Ramos, *Concesión del servicio de limpieza del Hospital Insular de Las Palmas*.

(64) Véase LÓPEZ PELLICER Y SÁNCHEZ DÍAZ: *La concesión administrativa en la esfera local*, cit., pp. 47 y ss.

normativa excluya de concesión los servicios que impliquen el ejercicio de poderes soberanos o de autoridad (arts. 63 de la Ley de Contratos del Estado, 95. 1, del Texto Refundido del Régimen Local y 43. 1, del Reglamento de Servicios). La Ley de Contratos del Estado excluye también la concesión de servicios en régimen de monopolio (art. 64. 1); en cambio, la nueva Legislación del Régimen Local, a diferencia de la anterior, no parece excluir las formas de gestión indirecta ni aun en el caso de servicios con monopolio (art. 95. 1, del Texto Refundido).

B) LA NATURALEZA CONTRACTUAL DE LAS CONCESIONES DE SERVICIOS PÚBLICOS

La naturaleza jurídica de la concesión de servicios públicos es un tema tradicionalmente objeto de debate doctrinal. Por lo común, los autores italianos y alemanes han mantenido, con diversas variantes, tesis unilateralistas (65). En cambio, la doctrina francesa se orienta por la tesis contractualista, aunque con matices, al advertir los grandes tratadistas de principios de siglo (Hauriou, Duguit, Jèze) la existencia en la concesión de un elemento no contractual, referido a la organización del servicio y a las relaciones con los usuarios (66).

En el Derecho español la doctrina ha mantenido posturas variadas, según se expuso en el primer apartado del estudio. Sin embargo, bajo la óptica normativa parece claro que la concesión se incluye dentro de los contratos administrativos. Domínguez-Berrueta ha proporcionado amplios datos concluyentes sobre la calificación de la concesión como contrato en nuestra legislación histórica (67). Calificación que continúa en el Derecho vigente.

En efecto, no puede caber duda de que la concesión de servicios públicos es un contrato administrativo para el Derecho positivo. La Ley de Contratos del Estado la regula expresamente como una modalidad de lo que denomina el contrato de gestión de servicios públicos. El Reglamento de Servicios cubre las lagunas de la regulación que contiene de las concesiones con una remisión genérica al Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales (art. 116. 1); remisión genérica que se completa con

(65) Véanse, por ejemplo, en la doctrina italiana, Francesco GULLO: *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, Cedam, 1965, y Marco D'ALBERTI: *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Jovene, 1981.

(66) Véase la exposición de las distintas posturas de la doctrina francesa en DE LAUBADÈRE, MODERNE y DEVOLVE: *Traité des contrats administratifs*, tomo I, cit., pp. 100 y ss. En la doctrina belga, Paul ORIANE: *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Bruxelles, Larcier, 1961.

(67) Miguel DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN: *El incumplimiento en la concesión de servicio público*, Madrid, Montecorvo, 1981, pp. 22 y ss.

remisiones específicas a dicho Reglamento de Contratación para cuestiones concretas (arts. 118. 1, 123. 4, 125. 3, y 128. 1, 5.º). Por si fuera poco, el artículo 37, 5.º, del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales incluye formalmente a la concesión entre los contratos administrativos.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia, se ofrece, como dice Albi, una «orientación rectilínea»; la concesión de servicio es un contrato administrativo (68). Un repaso a los últimos fallos confirma tal postura tradicional (69). Aunque, ciertamente, existen algunas excepciones (70).

La afirmación de la naturaleza contractual de las concesiones de servicio público no debe quedar oscurecida por la incidencia en la relación concesional de la potestad administrativa de organización del servicio. Las teorías tradicionales de la doctrina francesa, que hablan de la doble naturaleza, contractual y reglamentaria, de la concesión, en función de las personas a las que afecten los diferentes contenidos del pliego de condiciones (Hauriou); o que sostienen la tesis del acto mixto, de manera que unas cláusulas serían contractuales y otras de naturaleza reglamentaria; esas teorías no parecen convincentes.

Como señala Albi, la reglamentación del servicio público, incorporada o no al pliego de condiciones, se impone al concesionario por virtud de la general potestad reglamentaria de la Administración. «En la concesión —añade este autor— más bien que del funcionamiento de un servicio se trata de crear un órgano adecuado, de constituir una modalidad gestora mediante la colaboración particular, lo cual exige una reciprocidad de prestaciones de tipo acusadamente contractual» (71).

La reglamentación del servicio público es algo previo e independiente de la concesión. Así, el artículo 197 del Reglamento General de Contratación impone como primer paso, previo al procedimiento concesional, la promulgación del régimen jurídico básico del servicio, atribuyendo las competencias administrativas, determinando el alcance de las prestaciones a los administrados y declarando que la actividad se asume por el Estado como propia. Ese carácter

(68) ALBI: *Tratado de los modos de gestión*, cit. p. 516; también DOMINGUEZ-BERRUETA: *El incumplimiento en la concesión de servicio público*, cit., pp. 32 y ss.

(69) Véanse, por ejemplo, las sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1985 (*Aranzadi*, 2229), ponente Martín del Burgo, *Concesión de limpieza pública en Jaén*; 24 de julio de 1985 (*Aranzadi*, 3930), ponente Díaz Eimil, *Concesión del mercado del Generalísimo, en Madrid*; 14 de febrero de 1986 (*Aranzadi*, 1582), ponente Jiménez Hernández, *Concesión de abastecimiento de agua de Alberique (Valencia)*; 14 de junio de 1986 (*Aranzadi*, 6768), ponente Bruguera Monté, *Concesión de abastecimiento de agua de Denia*; sentencia de la Sala Tercera de 22 de septiembre de 1986 (*Aranzadi*, 4638), ponente Ruiz Sánchez, *Concesión de aparcamiento subterráneo en Bilbao*.

(70) Véase la jurisprudencia cit. en notas núms. 17, 18 y 19.

(71) ALBI: *Tratado de los modos de gestión*, cit., pp. 519-520.

previo de la reglamentación del servicio, todavía queda mejor reflejado en el Reglamento de Servicios, que se refiere a la misma con total independencia del modo gestor elegido (arts. 30 y 33).

Desde el punto de vista concesional, el ejercicio de la potestad reglamentaria del servicio se traduce simplemente en una modificación del contrato, sujeta al límite de mantenimiento de la ecuación económica subyacente. Mecánica que puede observarse en relación con todos los contratos administrativos.

Terminaré ya esta cuestión indicando que, en ocasiones, el problema de la naturaleza contractual o unilateral de las concesiones queda desenfocado por la incidencia de consideraciones previas sobre la menor o mayor libertad de que debe disfrutar la Administración en sus relaciones jurídicas. En tal sentido, debe quedar claro que el contrato no merma un ápice el poder administrativo de libre decisión; simplemente somete el cumplimiento y efectos del negocio a un cierto régimen jurídico. La discusión sobre la naturaleza de la concesión de servicio ha de circunscribirse pues al problema examinado del régimen jurídico que el ordenamiento impone para una actuación administrativa.

C) EL CONTENIDO DE LAS CONCESIONES DE SERVICIOS PÚBLICOS

Marginando ahora toda mención del procedimiento concesional (arts. 68 a 70 de la Ley de Contratos del Estado; 117 a 125 del Reglamento de Servicios) y de la discrecionalidad en el otorgamiento de concesiones, pasaré a referirme al contenido del negocio concesional (72).

a) *Sobre los derechos, obligaciones y potestades del concesionario y de la Administración*

El contenido de la concesión está constituido por un variado conjunto de obligaciones y derechos del concesionario, obligaciones y potestades de la Administración, que se relacionan en los marcos normativos genéricos, pero que pueden incrementarse por vía de los pliegos de condiciones (73).

(72) El procedimiento concesional del Reglamento de servicios se expone con detalle por ALBI: *Tratado de los modos de gestión*, cit., pp. 542 y ss., y por LÓPEZ PELLICER y SÁNCHEZ DÍAZ: *La concesión administrativa en la esfera local*, cit., pp. 77 y ss.

(73) Sobre el contenido de la concesión de servicios en el ámbito local, véanse ALBI: *Tratado de los modos de gestión*, cit., pp. 578 y ss.; LÓPEZ PELLICER y SÁNCHEZ DÍAZ: *La concesión administrativa en la esfera local*, cit., pp. 123 y ss.; Juan Francisco MESTRE DELGADO: *Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión*, en el volumen colectivo dirigido por Santiago MUÑOZ MACHADO: *Tratado de Derecho Municipal*, Madrid, Civitas, 1988, t. II, pp. 1246 y ss.

El concesionario tiene las siguientes obligaciones generales:

a) La primera obligación, una vez perfeccionado y formalizado el negocio, consiste en ejecutar las obras a que venga obligado, si es el caso, y en organizar el servicio. La problemática de esta obligación gira, en el caso de realización de obras, en torno a los problemas de ejecución de las obras públicas, que nuestro Derecho regula al hilo del contrato de obra pública.

b) Sobre la anterior base lógica se desenvuelve la obligación principal de prestar el servicio conforme a los principios de continuidad, mutabilidad del objeto del contrato e igualdad ante los usuarios. Cada uno de estos principios vertebradores de la fundamental obligación de prestar el servicio público concedido tiene su propia y peculiar problemática, en cuyo contenido ahora no es posible entrar. El principio de continuidad suscita, así, problemas interesantes en relación con el ejercicio del derecho de huelga, las situaciones concursales de las empresas concesionarias y los casos de fuerza mayor como vía de excepción. El principio de mutabilidad se relaciona con el lícito ejercicio del *ius variandi* de la Administración. El principio de igualdad ante los usuarios admite matices por el necesario cumplimiento de las condiciones reglamentarias y también por la concurrencia de condiciones objetivas y razonables en ciertas categorías de usuarios.

c) La tercera obligación general del concesionario consiste en indemnizar los daños que ocasione a terceros el funcionamiento del servicio, salvo los daños producidos como consecuencia de órdenes administrativas. Aquí se suscita el problema del carácter, objetivo o subjetivo, de la responsabilidad del concesionario.

d) La cuarta gran obligación es la de mantener las obras e instalaciones afectas al servicio en buen estado, sin enajenarlas ni gravarlas, de cara a garantizar la reversión de las mismas a la Administración.

Los principales derechos del concesionario son de dos clases:

a) En primer lugar, destaca el derecho a la remuneración pactada, mediante el cobro de las tarifas y la subvención, en su caso, con mantenimiento del equilibrio financiero de la concesión.

b) En segundo término, el concesionario tiene derecho a la protección administrativa, de manera que se le permita explotar el servicio, ejercer los poderes de policía delegados por la Administración concedente (a cuyo fin puede dictar instrucciones sobre el buen orden del servicio y utilizar la vía de apremio para el cobro de las tarifas), ejercer ciertos derechos sobre propiedades ajenas (utilización del dominio público y beneficio de la expropiación forzosa)...

La Administración concedente se obliga por el negocio concesional en los siguientes términos: a) debe proteger al concesionario, aportando los medios auxiliares a que se haya comprometido; b) debe realizar en favor del concesionario las prestaciones económicas pactadas, manteniendo el equilibrio financiero de la concesión; c) debe indemnizar los daños y perjuicios producidos a terceros como consecuencia de órdenes dadas al concesionario.

Sobre la concesión inciden especialmente las siguientes potestades:

a) La potestad de organizar el servicio, modificándolo e incluso suprimiéndolo, aunque por los cauces y con arreglo a los límites generales que establezca el ordenamiento. A esta potestad se ligan las potestades de dirección y vigilancia del servicio y la *potestas variandi*.

b) El poder sancionador, para corregir las infracciones en que incurra el concesionario con respecto al reglamento del servicio, órdenes administrativas y pliego de condiciones, con un sistema sancionatorio que contempla multas para las infracciones leves, secuestro para las graves y caducidad para las muy graves.

b) *Una precisión sobre el principio de riesgo y ventura y el equilibrio financiero de la concesión*

De entre ese variado conjunto de derechos, obligaciones y potestades, conviene referirse a la doctrina del equilibrio financiero de la concesión, elemento del que frecuentemente debe ocuparse la jurisprudencia, aunque no siempre expresando ideas adecuadas. Así, resulta que algunas sentencias pretenden eliminar el principio de riesgo y ventura de la concesión de servicios; por ejemplo, la sentencia de 14 de febrero de 1986 asegura que, aunque «normalmente el otorgamiento de una concesión reviste los caracteres externos de un contrato administrativo, no todas las normas de éstos son aplicables en el ámbito de las concesiones, y así, mientras los contratos responden al principio de riesgo y ventura... , tal principio no es aplicable a la esfera de las concesiones, ya que para éstas el principio aplicable es el del equilibrio financiero de la concesión» (74).

La doctrina no parece correcta, pues no puede considerarse la doctrina del equilibrio financiero como un elemento que sustituya por completo al tradicional principio de riesgo y ventura. El concesionario de un servicio público obtiene su retribución de los

(74) Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1986 (Aranzadi, 1582), ponente Jiménez Hernández, *Concesión de abastecimiento de agua potable de Alberique (Valencia)*, considerando 2.º

resultados financieros de la explotación del servicio, resultados que dependen basicamente de su gestión. Como excepción a ese planteamiento, se han ido configurando una serie de técnicas para mantener el equilibrio económico del contrato frente a ciertos eventos: unos, dependientes de la Administración (compensación por ejercicio del *ius variandi* o del *factum principis*), y otros, ajenos a ella, constitutivos de situaciones imprevistas e imprevisibles. Técnicas, pues, para mantener un cierto equilibrio contractual ante sucesos concretos que en modo alguno suponen negación completa del principio de riesgo y ventura (75).

Estas ideas se encuentran bien recogidas en la posición jurisprudencial mayoritaria. Léase, si no, el siguiente considerando de la sentencia de 13 de noviembre de 1986:

«En los contratos administrativos de gestión de servicios públicos, en especial en los que adoptan la modalidad de concesión (en cuya virtud el empresario-concesionario gestiona el servicio a su riesgo y ventura), la mayor onerosidad sobrevenida, bien resulte de una modificación del objeto mismo del contrato impuesta unilateralmente por la Administración (*ius variandi*) o de una decisión de ésta producida fuera del ámbito contractual propiamente dicho (*factum principis*) o bien provenga de acontecimientos imprevistos e imprevisibles en el momento de celebrar el contrato, ha de ser compartida por la Administración contratante, asumiendo, parcialmente, con el concesionario, el riesgo y la ventura de la explotación... mediante un reparto equitativo de los perjuicios o una indemnización total o parcial de los detrimentos, con el fin de, siguiendo el principio de rigidez del servicio público y flexibilidad del contrato, mantener el equilibrio financiero de este último y evitar el colapso total que, por impotencia económica progresiva del contratista, sufriría el servicio concedido y el interés público a él anejo...» (76).

Equilibrio financiero, pero sin eliminación completa del riesgo y ventura. Así, dice la sentencia de 20 de octubre de 1987 que la concesión de servicios públicos está dominada por el criterio

(75) Véase el clásico estudio de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: «Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo», en *RAP* núm. 2 (1950), pp. 83 y ss.

(76) Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1986 (Aranzadi, 8072), ponente Ramos Iturralde, *Concesión de estación depuradora de aguas residuales de La China, en Madrid*, considerando 2.º de la Audiencia aceptado. En igual sentido, sentencias de la misma Sala de 20 de diciembre de 1986 (Aranzadi, 1175), ponente Delgado Barrio, *Concesión de transportes urbanos de La Coruña*, y de 29 de diciembre de 1986 (Aranzadi de 1987, 1573), ponente Botella y Taza, *Concesión de aparcamiento en Madrid*.

fundamental de su continuidad, que exige el mantenimiento del equilibrio financiero, pero, añade, «en términos generales, tal doctrina no significa que siempre y en todo caso vaya a existir un seguro de beneficios para el concesionario que desplace el riesgo normal de la empresa a la Administración» (77).

Hasta tal punto está asumida esa correcta doctrina por la jurisprudencia mayoritaria, que en algún caso ha llegado a anularse una elevación de tarifas por no concurrir las causas imprevisibles que normativamente la legitima (78).

c) *La ausencia del derecho real administrativo*

Por contraposición al efecto característico de la concesión demanial, la concesión de servicios públicos no da origen a un derecho real en beneficio del concesionario. Este aspecto ha sido puesto de relieve por la jurisprudencia al plantearse la cuestión de si el concesionario de servicios públicos debe considerarse sujeto a la contribución territorial urbana; la respuesta negativa viene razonada de la siguiente forma:

«... la situación y derechos del concesionario, en lo que afecta a los bienes inmuebles necesarios para el desarrollo del servicio público, las facultades que, como consecuencia de la adjudicación, le son conferidas y disfruta, están en función de la gestión del servicio que se ha comprometido a prestar, de modo que no cabe admitir que la facultad atribuida al concesionario respecto de los bienes inmuebles ... tenga la cualidad de derecho real de uso, porque tales bienes pertenecen a la Administración concesionaria y el adjudicatario tiene únicamente la facultad del uso de dichos bienes en tanto lleve a efecto y cumpla la función del servicio público que ha sido establecida por la entidad concedente y, por tanto, sólo ostenta, sobre tales bienes, las facultades que, derivadas de los derechos de la entidad titular dominical, sean necesarias para la gestión del servi-

(77) Sentencia de la Sala Cuarta de 20 de octubre de 1987 (*Aranzadi*, 8679), ponente Delgado Barrio, *Concesión de limpieza pública en Santiago de Compostela*, considerando 4.º; en igual sentido, sentencias de la misma Sala de 24 de abril de 1985 (*Aranzadi*, 2229), ponente Martín Burgo, *Concesión de limpieza pública en Jaén*, y de 14 de marzo de 1985 (*Aranzadi*, 1592), ponente Díaz Eimil, *Concesión de transportes urbanos de Valencia*, con muy interesantes considerandos esta última a propósito de los límites económicos en que ha de desenvolverse la aplicación práctica de la teoría del riesgo imprevisible.

(78) Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1985 (*Aranzadi*, 2589), ponente Delgado Iribarren, *Concesión del mercado de abastos de Argüelles, en Madrid* (recurrían contra la elevación de tarifas los arrendatarios de puestos del mercado).

cio público, por lo que no puede atribuírsele al concesionario la condición de sujeto pasivo del tributo...» (79).

La ausencia de un derecho real administrativo por la concesión de servicio público explica la circunstancia de que el ordenamiento no considere libremente transmisible dicha concesión, al contrario de lo que sucede en la concesión demanial. Suele destacarse, en este sentido, el carácter *intuitu personae* de la concesión de servicio público, reflejado en la necesaria autorización administrativa para la validez de la transferencia (por ejemplo, art. 66 de la Ley de Obras Públicas); autorización que la normativa local subordina a ciertos requisitos en punto a realización de obras, condiciones y garantías del concesionario (art. 128.1, 5.º, del Reglamento de Servicios, que remite, para los requisitos de la autorización, al art. 52.2 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales).

d) *Sobre la problemática de las relaciones con los usuarios*

El negocio jurídico establecido entre la Administración concedente y el concesionario tiene por objeto realizar prestaciones en favor de los administrados, técnicamente designados como usuarios, cuya posición da lugar a complicadas elaboraciones doctrinales.

Se discute, así, qué lugar ocupa el usuario con respecto al contrato concesional. En nuestra doctrina, Albi considera que «la singularidad de su postura resulta evidente», no pudiendo conceptuarse ni como parte del contrato ni tampoco como tercero, sino más bien como «una categoría administrativa propia» (80).

También es objeto de debate la calificación de las relaciones que se establecen entre los usuarios y el concesionario. Las tesis contractualistas y las unilateralistas pugnan con diversos argumentos por solucionar ese problema, aunque en nuestra doctrina parece dominar la tesis de la naturaleza mixta de la situación y de la relación entre el concesionario y los usuarios. En este sentido, ya Albi mantuvo que «la situación del usuario respecto al servicio se expresa en un contrato de adhesión en el que las condiciones generales se ajustan a las bases estipuladas en la concesión y a los reglamentos administrativos» (81).

(79) Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1986 (*Aranzadi*, 5082), ponente Ruiz Sánchez, *Concesión de aparcamiento en plaza Conde de Oresti, de Bilbao*, considerando 2.º; doctrina que ya fue mantenida en sentencias de la misma Sala de 20 de julio de 1983 (*Aranzadi*, 4002), ponente Ruiz Jarabo, *Concesión de aparcamiento en plaza San Bernardo, de Las Palmas*, y de 5 de noviembre de 1983 (*Aranzadi*, 5521), ponente Pérez Tejedor, *Concesión del aparcamiento de Oquendo en San Sebastián*.

(80) ALBI: *Tratado de los modos de gestión*, cit., pp. 605-606.

(81) ALBI: *Tratado de los modos de gestión*, cit., p. 624; véanse pp. 608 y ss. para la exposición de las distintas posturas en la doctrina francesa e italiana.

Sin embargo, Albi no llegó a sacar todas las consecuencias de la teoría de la situación mixta del usuario, enfrentado ante el problema de la calificación como administrativas de relaciones entre dos administrados (el concesionario y el usuario). Tomás Ramón Fernández proporcionaría la base teórica necesaria para solucionar ese problema, explicando la calificación jurídico-administrativa de tales relaciones conforme a la técnica de la delegación (82). Base teórica que Salas concretamente aplicó a las relaciones entre el concesionario y los usuarios (83). Para este autor, tales relaciones tienen un carácter contractual, pero matizado en su alcance por la incidencia del componente reglamentario o estatutario. De manera que la relación será administrativa cuando el concesionario actúe como delegado de la Administración.

Junto a los anteriores problemas de calificación general conviene indicar que la posición jurídica del usuario viene definida por un conjunto de derechos y obligaciones: derechos al establecimiento y funcionamiento del servicio, derecho de admisión al servicio, obligación también de cumplir los requisitos establecidos en la reglamentación del servicio (84).

D) LA EXTINCIÓN DE LAS CONCESIONES DE SERVICIOS PÚBLICOS

En punto a extinción de las concesiones de servicios públicos, adquieren especial relevancia, por una parte, las tres causas ya examinadas al tratar de la concesión demanial (reversión, caducidad, rescate) y, por otra parte, una serie de causas ligadas al carácter *intuitu personae* de la concesión de servicios: muerte del concesionario individual o extinción de la persona jurídica gestora del servicio, declaración en estado de quiebra, incapacidad sobrevenida, cesión no autorizada (85).

(82) Véase Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Derecho administrativo, sindicatos y autoadministración*, Madrid, IEAL, 1972, donde, completando el conocido concepto estatutario del Derecho administrativo mantenido por GARCÍA DE ENTERRÍA: (Verso un concetto di diritto amministrativo come diritto statutario, en *RTDP* núms. 2-3 (1960), pp. 317-341), termina definiéndolo, para comprender el fenómeno de la autoadministración, como «Derecho propio y específico que regula la organización de las Administraciones públicas y la actividad que éstas desarrollan por sí mismas o a través de agentes descentralizados suyos en orden a la pronta y eficaz satisfacción del interés general» (p. 131).

(83) Javier SALAS: *Sobre la naturaleza jurídica de las relaciones entre los usuarios de servicios públicos y empresas concesionarias*, en *REDA* núm. 4 (1975), pp. 29-47.

(84) Véanse las exposiciones generales de ALBI: *Tratado de los modos de gestión*, cit., pp. 617 y ss. y de MESTRE DELGADO: *Las formas de prestación de los servicios públicos locales*, cit., pp. 1288 y ss. El derecho subjetivo al establecimiento de ciertos servicios públicos en el ámbito local se ha reconocido por el art. 18.1.g) de la Ley Básica del Régimen Local, precepto que constituye una novedad de gran alcance en la evolución de las técnicas jurídicas; véase Tomás QUINTANA LÓPEZ: *El derecho de los vecinos a la prestación y establecimientos de los servicios públicos municipales*, Madrid, Civitas, 1987.

(85) Exposiciones sistemáticas de todos los supuestos de extinción de las concesiones de servicio público pueden encontrarse en ALBI: *Tratado de los modos de gestión*, cit., pp. 636

La reversión, si bien es un instituto común a otras categorías concesionales, presenta, no obstante, caracteres específicos en la concesión de servicios públicos. Al igual que la concesión demanial, la de servicios es un «negocio fijo» o «negocio de término esencial», como la califica la sentencia de 15 de marzo de 1985 (86). Las regulaciones generales establecen plazos máximos de noventa y nueve años en la esfera estatal (art. 64.2 de la Ley de Contratos del Estado), de cincuenta años en el ámbito local (art. 115, 4.ª, del Reglamento de Servicios), aunque las regulaciones específicas de los distintos servicios pueden fijar plazos inferiores; siempre dentro de la idea de que no caben concesiones de servicios a perpetuidad, según señala, por ejemplo, la sentencia de 28 de mayo de 1986 (87).

Ahora bien, junto a esos datos, en esencia comunes al plazo de la concesión demanial, la consecuencia reversional tiene notas diferenciadoras en la concesión de servicios públicos. En efecto, la reversión aquí no comprende necesariamente todos los bienes utilizados por el concesionario, sino, aparte de los que fueran de propiedad administrativa, los expresados en el contrato concesional; «cuando finalice el plazo contractual —dice el art. 78 de la Ley de Contratos—, el servicio revertirá a la Administración, debiendo el empresario entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato»; igualmente, el artículo 115, 2.ª, del Reglamento de Servicios ordena distinguir en el contrato concesional entre las obras e instalaciones «sujetos a reversión» y las «no comprendidas en aquélla». En la concesión de servicios públicos no opera necesariamente la nota de inalienabilidad del dominio público que determina la reversión total en la concesión de dominio público: no tiene por qué haber bienes demaniales en la concesión de servicios.

El caso contemplado por la sentencia de 2 de marzo de 1987 constituye un buen testimonio de este diferente alcance de la reversión. El contrato de concesión del Mercado Municipal de Gerena (Sevilla), suscrito en 1911, preveía que al finalizar el plazo concesional de setenta años el propietario quedaría en plena propiedad del inmueble que se comprometía a edificar. El efecto de la cláusula, excluyendo, pues, la reversión será mantenido por el

y ss.; LÓPEZ PELLICER y SÁNCHEZ DÍAZ: *La concesión administrativa en la esfera local*, cit., pp. 189 y ss.; MESTRE DELGADO: *Las formas de prestación de los servicios públicos locales*, cit., pp. 1293 y ss.

(86) Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1985 (Aranzadi, 1617), ponente Reyes Monterreal, *Concesión de suministro de gas en Santa Cruz de Tenerife*.

(87) Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1986 (Aranzadi, 4601), ponente Bruguera Monté, *Concesión de puestos en mercado de abastos de Elda*.

Tribunal Supremo, frente a la pretensión contraria del Ayuntamiento afectado. Razona así la sentencia:

«El artículo 115 del Reglamento de Servicios... dice que en toda concesión de servicios se fijarán las cláusulas con arreglo a las cuales se otorgare, que serán las que se juzguen convenientes, dando así plena validez y carta de naturaleza a la autonomía de la voluntad como fuente primera de la concesión; y cuando en la regla 2.ª del propio artículo 115 se trata concretamente de la reversión, se dice que en las cláusulas concesionales se desarrollarán las "obras e instalaciones que hubiere de realizar el concesionario y quedarán sujetas a reversión y obras e instalaciones a su cargo, pero no comprendidas en aquélla"; de lo cual ya resulta con la máxima claridad que en la concesión de servicios municipales puede haber obras e instalaciones... que no habrán de revertir al término de la concesión a la Administración; con lo que se sienta como dogma para esta cuestión el de la autonomía de la voluntad y se consagra en esto el principio *pacta sunt servanda*...» (88).

4. Las concesiones industriales

Villar Palasí, consecuente con su tesis sobre la «energía potencial tremenda de la idea concesional», alumbró el concepto de concesión industrial para referirse a una serie de concesiones de cultivo y de pesca muy variadas. La concesión de servicio público, en la idea de este autor, sería insuficiente para recoger nuevas funciones estatales de intervención económica en cuyo desarrollo se utiliza la técnica concesional (89).

La categoría de la concesión industrial fue negada por Albi, quien destacó que los supuestos manejados por Villar contradecían el concepto mismo de concesión como cesión al particular de una esfera de actuación originariamente administrativa, «puesto que el intervencionismo económico es precisamente lo contrario: regulación administrativa de una esfera de actuación originariamente privada»; «la concesión industrial es una entelequia», afirmaba Albi (90).

Probablemente en el fondo de esta polémica ha de vislumbrarse una diferente visión sobre el papel que corresponde al Estado en

(88) Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1987 (*Aranzadi*, 3456), ponente Bruguera Monté, *Concesión del mercado municipal de Gerena (Sevilla)*, considerando 13.

(89) VILLAR PALASÍ: *Concesiones administrativas*, cit., p. 693.

(90) ALBI: *Tratado de los modos de gestión*, cit., p. 506.

relación con la actividad empresarial. La consideración de la producción económica como una función pública era una idea presente en las primeras regulaciones industriales del Estado surgido en la guerra civil. En ese contexto, Villar podía incluso afirmar que el carácter de las autorizaciones para la apertura de industrias se acercaba cada vez más a la idea concesional por él defendida (91). Pero sucede que este tipo de consideraciones ha de estimarse definitivamente superado con el reconocimiento de la libertad de empresa por el artículo 38 de la Constitución; de manera que los puntos de partida en el examen de las llamadas concesiones industriales parecen acercarse más a las ideas que expresaba Albi.

Realizada esta primera precisión, ha de indicarse también, por otra parte, que no todos los supuestos considerados como concesiones industriales son, en realidad, técnicas diferentes de las concesiones demaniales o de servicio público.

Así ocurre con las supuestas concesiones industriales en materia pesquera. Al menos desde la Ley de Ordenación Marisquera de 30 de junio de 1969 está claro que se trata de concesiones demaniales que otorgan el derecho al uso privativo «de una playa o parcela de dominio público para la explotación racional de un banco natural o de un establecimiento marisquero» [art. 2.a)]; planteamiento enteramente confirmado por la normativa posterior: Ley de Cultivos Marinos de 25 de junio de 1984 [art. 4.a)], Ley Gallega de Ordenación Marisquera y Cultivos Marinos de 23 de octubre de 1985 [art. 4.a)] y Ley Catalana de Pesca Marítima de 25 de febrero de 1986 (art. 5).

En el caso de algunas concesiones de cultivos consideradas como concesiones industriales nos encontramos, en realidad, ante modalidades de concesiones de servicios públicos. Por ejemplo, la llamada concesión de cultivo de lúpulo (Decreto de 23 de mayo de 1945) es, en realidad, una concesión del servicio público de fomento del cultivo de lúpulo y la concesión de semillas selectas (Decreto de 10 de marzo de 1941) es una concesión del servicio público de multiplicación de las semillas consideradas necesarias por el Instituto Nacional de Investigaciones Agrarias.

Las concesiones industriales se reducían así a casos muy concretos, como podían ser las concesiones de cultivo de tabaco y de arroz. En ambos casos la limitación de los cultivos a zonas determinadas estaba permitida por normas con rango de ley (base XXIV de la Ley de 18 de marzo de 1944 sobre el Monopolio de

(91) VILLAR PALASÍ: *Concesiones administrativas*, cit., p. 693; habrá que remitir también a la fundamental obra de este autor: *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, IEP, 1964.



Tabacos y Ley de 17 de marzo de 1945 de Cotos Arroceros). En todo caso, el ingreso de España en la Comunidad Europea ha impuesto la liberalización de tales cultivos: artículo 2 de la Ley 38/1985, de 22 de noviembre, de Modificación del Monopolio de Tabacos y Ley 2/1986, de 7 de enero, de Liberalización del Cultivo de Arroz.

5. La complejidad de una legislación básica sobre concesiones administrativas derivada de la diversidad de regímenes jurídicos

Tras este repaso a propósito del concepto, naturaleza, régimen jurídico y problemática de las distintas categorías concesionales, conviene retomar el hilo del discurso principal. Se trata de exponer las dificultades con que podría tropezar la elaboración de la legislación básica de concesiones administrativas, atribuida a la competencia del Estado en el artículo 149.1.18.^a de la Constitución.

La inicial variedad de tipos o categorías concesionales, que era la primera dificultad identificada, se ve confirmada ahora por la diversidad de los concretos regímenes jurídicos. Diversidad que no es, ciertamente, absoluta; se recordará así que las tres grandes categorías (concesión demanial, de obra pública y de servicio público) responden a la naturaleza jurídica de los contratos administrativos. Ese es, sin duda, un elemento común que puede proporcionar un cierto tratamiento normativo mínimo de las concesiones administrativas, según se expondrá más adelante.

Pero, aun haciéndose cargo de tal elemento común, hay que seguir resaltando las diferencias entre las categorías concesionales. La función de la concesión demanial consiste en posibilitar el uso privativo del dominio público, produciendo auténticos derechos reales administrativos. La concesión de obra pública atiende a la construcción de una obra pública mediante un sistema remunerador que no ocasione gasto público. Idea de la economicidad que se presenta también en la concesión de servicio público, aunque con un elemento característico, que es la existencia de prestaciones en favor de los usuarios. Por fin, la concesión industrial, si es que ha de conservarse esta categoría, responde a finalidades de ordenación económica, conforme a una técnica de dudosa corrección constitucional.

Los regímenes jurídicos atienden a necesidades distintas; por eso toda generalización es peligrosa. Sobre todo si se tiene en cuenta que no es posible contar con datos generales seguros ni tan siquiera para cada una de las categorías concesionales. El Regla-

mento de Bienes en punto a concesiones demaniales o la Ley de Contratos y el Reglamento de Servicios de cara a las concesiones de servicios no agotan la realidad multiforme de las distintas concesiones; realidad normativamente desenvuelta en las normas especiales.

Habrá que ser conscientes de esta dificultad que, por otra parte, tiene su reflejo en el mismo diseño de las distintas materias atribuidas a la competencia del Estado por el artículo 149.1 de la Constitución. Ese precepto, como vamos a ver en seguida, no permite reducir las competencias estatales sobre concesiones administrativas al supuesto de la legislación básica que contempla en su apartado 18.

III. TERCERA DIFICULTAD: LA PLURALIDAD DE TITULOS COMPETENCIALES DEL ESTADO SOBRE LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS

1. La competencia del estado sobre la legislación básica de contratos administrativos y las concesiones administrativas

El Estado cuenta a su favor con títulos competenciales diversos para aprobar una legislación básica sobre concesiones administrativas. En punto a títulos genéricos existe no sólo el expresamente referido a las concesiones, sino también, en el mismo artículo 149.1.18.^a, la competencia de legislación básica sobre contratos administrativos.

Hemos visto, efectivamente, que las grandes categorías de concesiones administrativas —las concesiones demaniales, de obras públicas y de servicios públicos— presentan la naturaleza jurídica de contratos administrativos. En este sentido la referencia expresa a la legislación básica de concesiones administrativas podrá considerarse como un título competencial redundante.

En la actualidad, ante la inexistencia de una expresa legislación básica del Estado sobre los contratos y las concesiones administrativas, las Comunidades Autónomas han de deducir racionalmente del Derecho vigente los elementos básicos o unitarios, según la conocida postura material que para la interpretación de las competencias básicas estatales ha prevalecido, al menos transitoriamente, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (92). Pues

(92) Véase últimamente la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 80/1988, de 28 de abril («BOE» de 25 de mayo), ponente De la Vega Benayas, *Conflicto sobre uso de lengua gallega en etiquetado*.

bien, de conformidad con los datos manejados en este trabajo será difícil que las Comunidades Autónomas puedan encontrar elementos básicos sobre concesiones administrativas en otras regulaciones generales distintas de la Ley de Contratos del Estado. Es más, sólo para la concesión de servicios públicos cabe realmente encontrar en esa legislación elementos básicos que condicionen el ejercicio de la potestad legislativa autonómica. Para las otras categorías de concesiones administrativas será preciso acudir a las regulaciones específicas de las concretas concesiones demaniales y de obras públicas.

Cabe llegar así a la primera conclusión, en este apartado, de la aparente suficiencia del título competencial de legislación básica sobre contratos administrativos para cubrir las necesidades de regulación general de las concesiones administrativas. En realidad, para cubrir únicamente tales necesidades en relación con las concesiones de servicio público, puesto que las otras categorías concesionales son difícilmente reconducibles a reglas generales.

Prueba de esta afirmación parece proporcionarla la técnica seguida en la Ley Básica del Régimen Local, donde no será posible encontrar ninguna referencia a los elementos básicos de las concesiones administrativas, al margen de los que puedan deducirse de la remisión a la legislación estatal en materia de contratos administrativos [art. 5.c)]. Remisión que, por lo dicho, sólo cubrirá los aspectos referidos a las concesiones de servicios.

2. Las competencias del Estado sobre sectores materiales que comprenden la regulación de concesiones administrativas

El Estado dispone además de títulos competenciales que pueden servir para aprobar normativas sobre específicas concesiones administrativas, condicionando el alcance de las potestades autonómicas.

Basta a tal efecto con reparar en la existencia de competencias compartibles con las Comunidades Autónomas en sectores tradicionalmente objeto de regulación mediante concesiones demaniales, como pueden ser la pesca marítima (art. 149.1.19.^a de la Constitución) o los recursos mineros y energéticos (art. 149.1.25.^a). Lo mismo ocurre en relación con sectores objeto de concesiones de servicio, como los transportes y las comunicaciones (art. 149.1.21.^a) y la radio y la televisión (art. 149.1.27.^a).

En todos los casos citados el Estado tiene capacidad para aprobar una regulación de distintos tipos de concesiones administrativas, ofreciendo a las Comunidades Autónomas los correspondientes aspectos básicos. Ante las dificultades que la diversidad de

regímenes concesionales opone a una normativa genérica, parece lógico dar preferencia a estas regulaciones específicas, que pueden atender mejor a las necesidades de cada especie concesional.

Añádase la circunstancia nada despreciable de que al Estado corresponde, por otra parte, toda la normativa sobre concesiones administrativas en cualesquiera de los sectores en que dispone de competencias no compartibles con las Comunidades Autónomas. Normativas que serán aplicables en las Comunidades Autónomas, en su caso, por virtud del título de supletoriedad del Derecho estatal.

En este contexto no es, pues, de extrañar que normas estatales sectoriales contengan regulaciones de las correspondientes concesiones administrativas: artículos 57 a 72 de la Ley de Aguas de 1985, título II de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres de 1987, título I de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de 1987, Ley de la Televisión Privada de 1988, artículos 64 a 81 de la Ley de Costas de 1988.

En tales casos, el título competencial genérico sobre concesiones administrativas puede servir para reforzar el carácter básico de las específicas soluciones normativas previstas en cada figura concesional concreta. Planteamiento admitido por la sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 1988, relativa a la Ley de Aguas de 1985, donde resulta que el título competencial del Estado sobre legislación básica de concesiones administrativas sirve para apoyar la regulación de extremos tan variados como los siguientes: supuestos excluidos de concesión, prohibición de adquirir el derecho al uso privativo de las aguas por prescripción, régimen de extinción de las concesiones del dominio público hidráulico (causas, procedimiento y efectos), casos de derecho al uso privativo de las aguas por ministerio de la Ley (como excepción a la regla general de exigencia de concesión), supuestos de concesión en precario, previsión de medidas de utilización del dominio público hidráulico por caso de necesidad aun incidiendo en concesiones existentes, todo el régimen general de la concesión de aguas (principio de explotación racional del recurso, modificaciones, prórrogas, preferencias, transmisibilidad, revisión y efectos...) (93).

El ejemplo es suficientemente significativo de hasta dónde puede —o debe— llegar una legislación básica de concesiones administrativas incorporada a la normativa sectorial. ¿Es imaginable algo

(93) Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre («BOE», de 23 de diciembre), ponente Leguina Villa, *Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Aguas de 1985*, fundamento jurídico 23.

parecido con vocación general, esto es, para todo tipo de concesiones administrativas?

Por otra parte, la aprobación de una expresa legislación básica para todas las concesiones administrativas dificultaría la adopción por la normativa sectorial comprensiva de concretos tipos concesionales, no ya de soluciones distintas, sino aun de previsiones más detalladas con el carácter de legislación básica.

* * *

Llegados a este punto, cabe recapitular los datos anteriores. Sencillamente: elaborar una legislación básica sobre concesiones administrativas presenta dificultades de relieve. No existe una idea concesional, un núcleo unitario que proporcione un armazón conceptual para una regulación general de las concesiones administrativas. Las concesiones administrativas ofrecen regímenes jurídicos diversos, en función de las distintas necesidades a que atienden; diversidad no ya sólo entre los tipos básicos, sino aun entre las distintas especies de concesiones demaniales, de obra pública, de servicio público. Por último, el mismo título competencial del Estado sobre la legislación básica de concesiones administrativas tiene un cierto carácter residual, existiendo otros títulos competenciales genéricos y específicos que pueden servir para facilitar la correspondiente normativa autonómica. Quizá fuera, pues, conveniente, en tanto no se manifiesten necesidades aquí ignoradas, aparcarse prudentemente todo intento de elaborar una ley básica sobre las concesiones administrativas.