

TRANSMISIÓN DE TÍTULOS ADMINISTRATIVOS

Francisco José SANTANDREU CAPÓN

Investigador becado por la UCM
Departamento de Derecho Administrativo
frsantan@der.ucm.es

RESUMEN

El análisis del fenómeno jurídico de la transmisión de títulos administrativos nos conduce a la construcción de una categoría omnicomprendiva de todos ellos. El concepto amplio de transmisión desvela el problema principal y común a toda transmisión: la falta de transparencia. Ambas cuestiones resultan ser la clave en la solución de los problemas planteados.

Palabras clave: título administrativo, transmisión, transferencia funcional, transparencia.

ABSTRACT

The analysis of the legal phenomenon of the transfer of administrative titles leads us to the construction of a category that comprises all of them. The broad concept of transfer reveals the main problem, common to all transfer: the lack of transparency. Both questions are key in the solution of the problems set out.

Keywords: administrative title, transmission, functional transfer, transparency.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Analyse des juristischen Phänomens der Übertragung von Rechtstiteln durch die öffentliche Verwaltung führt uns zur Schaffung einer erweiterten Begriffskategorie, die die Übertragung aller Rechtstitel umfasst. Der weitergefasste Begriff der Übertragung enthüllt nun das Hauptproblem, das jeglicher Rechtstitelweitergabe innewohnt: die fehlende Transparenz. Beide Fragen erweisen sich als entscheidend bei der Lösung der Problemstellung.

Schlüsselwörter: Rechtstitel, Übertragung, Funktionsübertragung, Transparenz.

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. TÍTULOS ADMINISTRATIVOS: TIPOS Y DIFERENCIAS.—1. La clásica diferencia entre concesiones y autorizaciones.—2. Visiones divergentes de la clásica diferenciación.—A) Razones que explican este cambio en la visión clásica.—B) ¿Existe, en el contexto del Estado social, diferencia entre concesión y autorización?—C) Los procesos liberalizadores en el contexto de las diferencias entre concesión y autorización.—

II. CONCESIONES ADMINISTRATIVAS: PARADIGMA DE LOS TÍTULOS ADMINISTRATIVOS.—1. Concesiones administrativas.—A) La concesión como técnica de transferencia de funciones.—B) Tipos de concesiones: de dominio y de servicio.—III. TRANSMISIÓN.—1 Concepto.—2. La transmisión en su materialidad.—A) Cuestiones relevantes en la esfera de la transmisibilidad.—IV. CONCLUSIONES AL ESTUDIO TEÓRICO.—V. ALGUNAS OBSERVACIONES POR SECTORES.—1. Minas.—A) Condiciones para ser titular.—B) Transmisión de derechos mineros.—2. Hidrocarburos.—A) Condiciones para ser titular.—B) Transmisibilidad de permisos de investigación y concesiones de explotación.—3. Audiovisuales.—A) Condiciones para ser titular.—B) Negocios jurídicos sobre licencias de comunicación audiovisual.—VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES.—1. En relación con los sectores estudiados.—2. En relación al problema de transparencia de las transmisiones derivativas: una posible solución técnico-jurídica.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La pretensión del presente trabajo es el estudio de la transmisión de los títulos administrativos con el propósito de localizar los problemas y plantear una posible solución a los mismos. El estudio de los títulos nos lleva a la construcción de un concepto unitario de los mismos superador de sus diferencias por la propia práctica jurídica y evolución de los principios informadores. El concepto amplio de transmisión nos sitúa en un contexto que nos permite profundizar más allá del simple negocio traslativo que produce el cambio de titular y ahí es donde surge la cuestión más controvertida: la falta de transparencia en las transmisiones derivativas. Con el análisis de las leyes sectoriales se pretende una constatación empírica de la cuestión que da pie a una posible solución esquemática con la elaboración de un diseño elemental de procedimiento que resuelva la falta de transparencia.

En el punto primero se aborda la cuestión de la desaparición de las diferencias existentes entre los institutos de la autorización y de la concesión. La relativización de ambas figuras nos conduce a una categoría superior y omnicompreensiva en cuanto a su caracterización se refiere: la institución del título administrativo.

El proceso que explica la desaparición de las diferencias entre ambos institutos se encuentra en los diferentes modelos de Estado y, por tanto, en el terreno de los principios políticos, económicos y sociales. El Estado liberal, previo a la Segunda Guerra Mundial, da lugar a la visión clásica que diferencia la autorización de la concesión en la figura del Derecho preexistente y en su naturaleza declarativa frente a la constitutiva pro-

pia de la concesión; sin embargo, el paulatino desplazamiento del modelo liberal por el del Estado social, que acaba cristalizando en el desarrollismo económico de la segunda mitad del siglo XX, produce una instrumentalización de la autorización con finalidades de ordenación económica que, al convertirla en constitutiva de situaciones jurídicas, difumina las diferencias con la concesión.

La transformación que nuestro ordenamiento jurídico viene experimentando con la implementación de procesos liberalizadores introducidos a través del Derecho comunitario nos puede hacer pensar que los principios de competencia producirán cambios que afecten a la misma concepción de los títulos administrativos. Sin embargo, el ordenamiento jurídico comunitario no sólo busca una asignación efectiva de recursos, sino que pretende también armonizarlos con todo tipo de políticas sociales, conciliando, de esta manera, los principios que reconocen mayores espacios de libertad al individuo junto a aquellos otros que redundan en una mayor solidaridad social.

Todo lo cual requiere una intensa colaboración público-privada instrumentalizada a través de aquellos títulos administrativos que la articulen, habilitando a sus titulares con las facultades que sean necesarias para alcanzar los fines políticos, sociales y económicos que el ordenamiento jurídico comunitario precisa.

En definitiva, la observación de este fenómeno jurídico nos lleva a concluir que la realidad jurídica, mediante un proceso de síntesis, ha dado lugar a una categoría que supera las diferencias entre concesiones y autorizaciones, como queda probado en el trabajo, dando lugar al título administrativo que es, en todo caso, siempre de naturaleza constitutiva e incorporable al patrimonio de su titular como un auténtico derecho.

Ahora hay que preguntarse si la transmisibilidad de estos títulos administrativos está condicionada por la naturaleza intrínseca de los mismos, o lo que es lo mismo, si el concreto contenido del título condiciona su transmisibilidad.

En el punto segundo se estudia lo que se ha considerado como el paradigma del título administrativo, esto es, la concesión administrativa. Lo es por su complejidad y por su tradicional concepción como un derecho *ex novo* insertable, por tanto, en el patrimonio de su titular.

Con las oportunas matizaciones expuestas en el trabajo, clásicamente se ha dividido a las concesiones en los tipos de servicio y demanial según que la actividad habilitada en las mismas, mediante la transferencia funcional oportuna, se proyecte sobre los órdenes de actividad y gestión de servi-

cio público o de uso y aprovechamiento de bienes demaniales. Tradicionalmente se ha considerado que las de servicio, por su caracterización *intuitu personae*, eran o intransmisibles o requerían de autorización administrativa previa para su transmisión, siendo las demaniales libremente transmisibles por su carácter fundiario o patrimonial, aunque necesitadas de homologación administrativa mediante autorización *ex post*. La asimilación progresiva del carácter *intuitu personae* en las demaniales por medio de las concesiones mixtas ha puesto de relieve que la tutela del interés público, en el marco de una transferencia funcional, es lo que determina el elemento subjetivo en las concesiones con independencia de su tipología y, por tanto, el fundamento de su carácter.

Descartada cualquier diferencia en relación con la naturaleza de los títulos, que en todo caso son constitutivos, como en lo referente al supuesto y diferenciado carácter *intuitu personae* o patrimonial, puesto que el elemento subjetivo en ningún caso es esencial al título, sino que viene dado en función de la tutela del interés público, queda expedito, de este modo, el camino al tratamiento del título administrativo como realidad unitaria más o menos compleja en función del concreto diseño subjetivo del mismo. Es el interés público, que subyace a todo título administrativo, el que, en definitiva, va a dar fundamento a la personalización que cada uno de ellos presenta singularmente. Personalización que, en diferentes grados de intensidad, se presenta a su vez como expresión concreta de la tutela del interés público que justifica la existencia de todo título administrativo.

En este contexto, en el punto tercero se estudia la transmisión de los títulos administrativos. Transmisión en el sentido amplio del término que incluye los procesos de incorporación de terceros extraños a la relación establecida en el título y no sólo el cambio de titularidad. En todos los casos se advierte la necesidad de contar con la Administración, que a través de las oportunas autorizaciones *ex ante* o *ex post* autoriza o convalida necesariamente los negocios operados entre privados con el fin de comprobar que las condiciones subjetivas de otorgamiento no son, en ningún caso, alteradas.

Por tanto, el problema principal e inherente a todos ellos no está circunscrito a los posibles incumplimientos de los requisitos de otorgamiento de los títulos que pudieran producirse en las sucesivas transmisiones derivativas, sino a la falta de transparencia que se da en cada transmisión derivativa. Estas transmisiones se producen con total ignorancia de los procedimientos de publicidad y concurrencia que presidieron el otorgamiento de los títulos administrativos, con las negativas consecuencias que ello aca-

rrea tanto en el terreno de las libertades comunitarias como en el de los principios que de ellas derivan.

Un problema de transparencia que puede afectar a la competencia secundariamente y que debe resolverse diseñando un procedimiento público que implique que todas las libertades y principios antes mencionados son respetados.

Tras las conclusiones al estudio teórico y el análisis de algunas leyes sectoriales con el fin de demostrar empíricamente lo expuesto, se propone, en las consideraciones finales, una solución técnico-jurídica al problema de falta de transparencia en las transmisiones derivativas con el diseño de un procedimiento basado en los principios de publicidad y concurrencia y en la concepción del título administrativo como un derecho administrativo patrimonial fruto de una transferencia funcional desde la Administración al sujeto titular.

1. TÍTULOS ADMINISTRATIVOS: TIPOS Y DIFERENCIAS

1. La clásica diferencia entre concesiones y autorizaciones

Siguiendo a Villar Palasí¹, la concesión se configura como un acto creador de derechos *ex novo*, en tanto que la autorización consiste en una remoción de limitaciones de policía administrativa a derechos y facultades que el particular ya posee con anterioridad. La autorización, por tanto, no constituye ningún derecho, sino que el administrado, poseyéndolo previamente en su patrimonio, necesita de la correspondiente autorización administrativa para poder ejercerlo. El rango y naturaleza del susodicho derecho, necesitado de autorización, sería civil.

¹ Villar Palasí hace un estudio comparativo de la idea concesional en el Derecho francés e italiano con el propósito de llegar a una distinción entre concesión y autorización. Así, en el sistema francés, la idea de concebir el Derecho administrativo girando alrededor del servicio público, aunque da una mayor vitalidad a las instituciones, nos conduce a la consideración de aquél como un *jus temporale*, ligado a una fase histórica: la administración activa no tiene otro poder que el derivado del servicio público. De hecho, se ha concebido sobre esa exclusiva idea y es el fundamento y definición de todo su Derecho público.

El Derecho administrativo italiano, por el contrario, busca una construcción cimentada en la lógica que dé al sistema una estabilidad más allá de las variaciones legislativas: define categorías formales que huyen de la inserción de elementos políticos, pudiendo adaptarse, de esta manera, a cualquier sistema de administración. Cfr. J. L. VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones administrativas», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, vol. IV, Barcelona, 1952, p. 696.

La concesión, por otro lado, cualquiera que sea el alcance que se dé a su contenido, tiene naturaleza puramente administrativa y surge, para el concesionario, como verdadero privilegio².

2. Visiones divergentes de la clásica diferenciación

Esencialmente, la diferencia se basa en la diferente naturaleza de los títulos en cuestión: la autorización es declarativa de derechos, mientras que la concesión es constitutiva de derechos.

La concepción de la autorización³, como una categoría unitaria en la que sus pilares fundamentales serían la preexistencia de un derecho y el control previo por parte de la Administración en orden a la consideración de la inocuidad de su ejercicio, nos lleva a afirmar la naturaleza declarativa del contenido del mencionado derecho preexistente y de su compatibilidad con el interés público⁴.

² «Paradójicamente, la síntesis unificadora de la concesión surgió en Italia a través del estudio de Ranelletti de la distinción entre concesión y autorización en la legislación francesa. La concesión se configura como el acto administrativo creador de derechos *ex novo*, en tanto que la autorización se circunscribe a ser un mero presupuesto de eficacia y no de validez, estribando su virtualidad en una remoción de limitaciones de policía administrativa a derechos y facultades que ya el particular poseía con anterioridad. De este modo, la autorización no opera creando derechos, ni modifica el mundo de las relaciones jurídicas existentes, se limita a dar entrada en él a un derecho ya existente, pero dormido o potencial en su eficacia, por la presión impeditiva de obstáculos policiales, esto es, exteriores a los elementos del supuesto de hecho, que coartaba la posibilidad del ejercicio y eficacia del derecho. En la autorización, el derecho del administrado nació ya antes de que la Administración la otorgase y tal derecho generalmente tiene rango y naturaleza civil, por contraposición a la concesión cuyo carácter, cualquiera que sea el alcance que se dé a su contenido, es puramente administrativo, y surge para el concesionario como verdadero privilegio» (J. L. VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones administrativas», *op. cit.*, p. 696).

³ «Como dijera Mayer, la autorización significa simplemente el restablecimiento de la libertad y no tiene contenido propio. No da a quien lo obtiene nada que ya no tuviera sin él» (J. L. VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones administrativas», *op. cit.*, pp. 696 y 697).

⁴ En loor a la precisión, conviene destacar en este punto las dos posturas teóricas opuestas en lo referente a la técnica autorizatoria. Así, por un lado, tenemos la expuesta en 1893 por Ranelletti, en la que se defiende la preexistencia de un derecho de titularidad privada que requiere para su ejercicio un acto de consentimiento previo por parte de la Administración. En el mismo se declara la compatibilidad de su ejercicio con el interés público. Por otro, se encuentra la de Mayer, que en 1895 considera la existencia de conductas particulares que pueden incidir de modo negativo en los intereses públicos y que, siendo prohibidas por ello inicialmente, podría levantarse dicha prohibición en casos concretos, una vez comprobada que la actividad no entraña riesgo alguno a los susodichos intereses.

El punto crucial del enfrentamiento se encuentra en el reconocimiento o no del derecho preexistente y, por ende, en el ámbito de decisión en el que opera la Administración,

Por el contrario, la naturaleza constitutiva de la concesión se expresa en el hecho de que, partiendo de derechos y actividades públicas en cuanto a su titularidad, se inserta el ejercicio de un derecho en el patrimonio del sujeto privado dotándolo de facultades antes inexistentes de todo punto⁵.

Pero esta, en principio, meridiana diferencia empieza a quebrar a medida que nos acercamos a la realidad jurídica, difuminándose, hasta hacerse difícil la percepción de los contornos de ambas instituciones⁶.

De tal manera sucede así que lo que se consideraban pilares indiscutibles de la institución de la autorización, esto es, el derecho preexistente y el control previo administrativo de inocuidad de su ejercicio, se cuestionan hasta el punto de llegar, incluso, a prescindir del primero, siendo en el segundo modificada su finalidad, apuntando una utilización instrumental de la autorización en el terreno de las actividades económicas regulatorias de los mercados⁷.

más restringido si se opta por el reconocimiento de un derecho previo. Pero en todo caso, la autorización siempre tiene un carácter declarativo, tanto en el caso de la preexistencia de derechos subjetivos previamente reconocidos por el Derecho positivo, como en el caso de que lo que subyugue a la autorización no sea otra cosa que la libertad general de actuación en virtud de la vinculación meramente negativa a la Ley. Lo que se declara mediante la autorización es la inexistencia de lesión al interés público y el cumplimiento de requisitos que la norma exige para el ejercicio de una determinada actividad. En ningún caso parece que se aborde la posibilidad de contemplar autorizaciones constitutivas en estas teorías. Cfr. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, t. II, 2.ª ed., Iustel, Madrid, 2009, pp. 271 y 272.

⁵ «En ambos supuestos —concesión de dominio o de servicio público— la Administración crea un Derecho, transfiriendo al particular concesionario funciones inherentes al Estado. Se trata, pues, de actos constitutivos de Gestaltungsakte, en la nomenclatura de Forsthoff» (J. L. VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones administrativas», *op. cit.*, p. 700).

⁶ La anteriormente comentada idea clásica se encuentra enraizada en la doctrina italiana y germana en relación con la autorización y sus diferencias con la concesión: «Esta concepción, que *prima facie* se nos aparece como puramente lógica, y, por ello, con validez universal, choca directamente con nuestra normativa en puntos de detalle. No todo lo que hasta ahora se ha venido considerando como autorizaciones son tales autorizaciones, sino que con el devenir de las instituciones han pasado a ser efectivas concesiones» (J. L. VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones administrativas», *op. cit.*, p. 697).

⁷ Expresivo de lo inmediatamente expuesto es la opinión de los profesores García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández: «La crisis del esquema tradicional se ha hecho especialmente aguda a partir del momento en el que, rebasando el ámbito propio del orden público en su triple dimensión comprensiva de la tranquilidad, seguridad y salubridad ciudadanas, en función del cual fue pensado dicho esquema, la autorización se ha visto trasplantada al complejo campo de las actividades económicas, en el que se le hace jugar sistemáticamente un papel que no se reduce ya al simple control negativo del ejercicio de derechos, sino que se extiende a la regulación misma del mercado, con el propósito decidido de orientar y encauzar positivamente la actividad autorizada en el sentido de unos obje-

Se produce, en definitiva, una suplantación del derecho preexistente⁸ por el concepto de actividades privadas, perdiendo precisión en sus contornos y aflorando, de manera claramente perceptible, la prohibición general previa como elemento que se superpone sobre la actividad privada dándole a ésta su forma y extensión posible con el propósito de dirigirla en la consecución de determinados objetivos económicos⁹.

Por otro lado, la misma naturaleza declarativa de la autorización queda también puesta en entredicho al difuminarse las diferencias entre ésta y la concesión. Esto se pone de manifiesto por vías diversas que se encuentran, por ejemplo, al dudar de la lógica que pueda presidir la afirmación de la existencia de las autorizaciones temporales¹⁰ o numéricamente limitadas¹¹, o en la falta de precisión terminológica reinante al denominar como concesiones lo que son autorizaciones¹² y vicever-

tivos previamente programados o, al menos, implícitamente definidos en las normas aplicables» (E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 8.ª ed., Madrid, Civitas, 2002, p. 136).

⁸ Con la excepción de las autorizaciones regladas, en las que el esquema clásico sería perfectamente válido.

⁹ Tomás-Ramón Fernández argumenta que es la instrumentalización económica de la autorización lo que hace entrar en crisis a la visión tradicional de la autorización asentada en el Derecho preexistente: «La utilización sistemática de la autorización en el ámbito económico como un instrumento al servicio de políticas concretas, industriales, comerciales, de transportes u otras semejantes, diseñadas con el decidido propósito de transformar la realidad existente y de orientar y encauzar por ese medio sectores enteros de actividades en la dirección de unos objetivos expresa o implícitamente definidos por las normas aplicables» (T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Breves reflexiones sobre la autorización previa», en *Actas del I Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, 1.ª ed., Navarra, Aranzadi, 2007, pp. 15 y 16).

¹⁰ Villar Palasí al hacer referencia a la doctrina italiana y germana anteriormente expuesta en esencia se expresa en estos términos: «Si la autorización es una pura remoción de límites pierde su sentido una autorización temporal que es perfectamente posible en nuestro Derecho (Sentencia de 20 noviembre de 1927)» (J. L. VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones administrativas», *op. cit.*, p. 697). En la misma línea: «En nuestro Derecho son perfectamente posibles y hasta habituales las autorizaciones de carácter temporal, esto es, actos administrativos que habilitan para el ejercicio de una actividad durante un plazo de tiempo determinado transcurrido el cual la actividad ya no puede seguir ejerciéndose sin la obtención de una nueva autorización o prórroga de la anterior» (R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, *Las concesiones administrativas de dominio público*, 1.ª ed., Navarra, Aranzadi, 2007, pp. 130 y 131).

¹¹ «En consecuencia, ya sea por el juego de la discrecionalidad administrativa, ya por la limitación numérica o la temporal, resulta que la preexistencia de un derecho o de las facultades que de éste pueden derivarse carece de toda virtualidad exterior sin la asistencia activa de la Administración» (R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, *Las concesiones administrativas de dominio público*, *op. cit.*, p. 131).

¹² «La jurisprudencia ha llegado a afirmar el carácter de concesión de servicio público inherente a una licencia particular para pescaderías (Real Decreto de C. de 17 de junio de 1929), hablándose también de concesión harinera (Sentencia de 23 de junio de 1930) y de

sa¹³; también en la confusión de regímenes que afecta a ambas instituciones¹⁴, o, finalmente, por poner coto a toda esta enumeración, en el grado de intensidad con el que interviene la Administración, que en algunos casos lo hace con más intensidad desde la autorización, contrariando la visión tradicional¹⁵ y con el ánimo impulsar la concreta actividad¹⁶.

El salto cualitativo se produce cuando, desde la perspectiva de la instrumentalización económica de la autorización, se la considera a la misma como constitutiva de situaciones jurídicas, con funciones no sólo de control de policía, sino que, a través de ella y fundamentada legalmente, la Administración interviene con el propósito de estimular, orientar o encauzar actividades de tipo industrial, comercial, económico o de Derecho

concesión de pompas fúnebres (Sentencia de 6 de mayo de 1931)» (J. L. VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones administrativas», *op. cit.*, p. 697).

¹³ «Actividades declaradas servicios públicos que, sin embargo, se ejercen por los particulares mediante autorizaciones, no mediante concesiones (por ejemplo, la enseñanza privada o la distribución de electricidad)» (J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, *op. cit.*, p. 274). En la misma línea: «Por ello, deben configurarse como tales concesiones muchas de las figuras llamadas en nuestra normativa autorizaciones, como sucede, por ejemplo, con las autorizaciones a colegios privados para la enseñanza media» (J. L. VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones administrativas», *op. cit.*, p. 697).

¹⁴ Así se observa: «A más de la existencia de una normativa sobre concesiones que, encajando en el tipo definido por la autorización, en la doctrina, son efectivas concesiones en nuestra legislación (Reglamento de 14 de abril de 1888, arts. 6.º y 18.º sobre admisiones temporales)» (J. L. VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones administrativas», *op. cit.*, p. 697). Insistiendo en el mismo postulado: «Existen supuestos de concesiones que operan sobre actividades que no han sido objeto de *publicatio*, esto es, asumidas como propias por la Administración (por ejemplo, las viejas concesiones para el cultivo de arroz)» (J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, *op. cit.*, pp. 271 y 272).

¹⁵ «La distinción entre ambas figuras en base al carácter más enérgico y continuado de los poderes de la intervención que la concesión atribuiría a la Administración se ha borrado desde el momento en que la ley ha creado múltiples supuestos de autorización de actividades que habilitan a la Administración para un seguimiento y vigilancia permanentes de su desarrollo y que otorgan a ésta poderes de intervención más severos y constrictivos que los que se prevén en la generalidad de las concesiones (por ejemplo, las autorizaciones de las entidades de crédito o de establecimientos de juego)» (J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, *op. cit.*, p. 274).

¹⁶ «Como en el caso de la *publicatio*, en la forma pura de la autorización, la finalidad era exclusivamente la consecución de un control externo frente al control del *intus gestio-nis*, en el caso de la concesión. La eterna paradoja de las cosas humanas obligó a crear una tormenta para justificar el uso del paraguas. Y contradictoriamente —en apariencia— se prohibió toda industria para poder añadir, a continuación: salvo licencia o autorización [...] La autorización, en efecto, no implica tanto una remoción de límites, el apartamiento de la prohibición genérica en el caso concreto, cuanto la creación de un deber positivo de alcanzarla antes de ejercer la actividad. Tácticamente, la prohibición aparece como el principio general sobre el que la autorización, como técnica administrativa, reposa» (J. L. VILLAR PALASÍ, *La intervención administrativa en la industria*, t. I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1964).

ambiental¹⁷ que implícitamente vienen marcadas en leyes como expresión de políticas concretas.

Se está produciendo una mutación en el orden de los principios que afecta a la propia ontología del instituto y que tiene un contexto histórico claro: el desarrollismo económico¹⁸. En definitiva, la realidad está siendo alumbrada desde perspectivas bien diferentes a las que dieron lugar la construcción de un instituto desde el derecho preexistente¹⁹; el mismo reconocimiento de la libertad se modula sometándose al orden público²⁰, a las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación²¹.

Todo esto nos conduce necesariamente a una redefinición del concepto de autorización que albergue todos los elementos que anteriormente hemos señalado, pero del que cabe destacar como definitorio el de su carácter constitutivo, si bien no de derechos, sino de situaciones jurídicas que amplían las posibilidades de actuación de su titular, siendo esencial al mismo la existencia de una prohibición general previa de actuación a los particulares en lo que se refiere a las actividades que les son propias según el ordenamiento²².

¹⁷ «Fue esto lo que desbordó el esquema clásico del derecho preexistente y el control de su ejercicio y lo que puso de manifiesto lo que había en él de ilusorio» (T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Breves reflexiones sobre la autorización previa», *op. cit.*, p. 16).

¹⁸ Podemos observarlo en el contenido de las leyes, rindiendo honores a Mayer: «La Ley de 24 de noviembre de 1939 estableció el sistema general de autorización previa siguiendo el criterio de prohibición general bajo reserva de autorización. La naturaleza de esta prohibición general descansa en una finalidad de control, dado que se trata no de una declaración de actividad nociva o perjudicial, sino, por el contrario, de vigilar la realización óptima de una actividad útil» (J. L. VILLAR PALASI, *La intervención administrativa en la industria*, *op. cit.*, p. 331).

¹⁹ «En estas circunstancias hablar de un derecho preexistente no sólo es excesivo, sino que está en abierta contradicción con la realidad de las cosas, que muestra con toda claridad hasta qué punto difieren las posiciones del sujeto autorizado antes y después de la autorización» (E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 136).

²⁰ En palabras de Tomás-Ramón Fernández refiriéndose a la organización de la industria en este periodo: «De lo que se trataba no era de liberalizar la instalación de industrias pura y simplemente, sino de algo bastante más complejo, a saber: asegurar un oferta “razonable en régimen de libertad”, por decirlo con las propias palabras del Decreto de 28 de diciembre de 1965 o, en los términos todavía más expresivos de la Orden Ministerial de 16 de marzo de 1963, de conseguir “el máximo grado de libertad compatible con el orden público económico”» (T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Breves reflexiones sobre la autorización previa», *op. cit.*, p. 16).

²¹ Estas ideas alcanzan a la Constitución española de 1978 recogidas en su art. 38. Y de las mismas surge esta opinión: «La libertad, ciertamente, no puede ser eliminada por el legislador (art. 53.1 de la Constitución), pero éste puede configurarla de muy diverso modo en atención a aquellas exigencias con tal de guardar las debidas proporciones» (E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 136).

²² Los profesores García de Enterría y Fernández Rodríguez definen autorización

A) Razones que explican este cambio en la visión clásica

Las razones que fundamentan en la autorización el progresivo desplazamiento de la idea del Derecho preexistente y del control previo por la de la prohibición general con reserva de autorización, constituyendo la correspondiente situación jurídica, hay que ir a buscarlas al terreno de los principios. Precisamente desde ellos, expresando las convicciones sociales de cada momento histórico, es como se modulan las diferentes funciones sociales y los instrumentos necesarios para hacerlo. La actividad económica, la función social de la propiedad y el papel del Estado se han visto involucrados, como no podía ser de otra manera, en esto²³.

Las transformaciones habidas en el Estado que lo han convertido de liberal en social²⁴ han creado el escenario adecuado para que éste asuma un papel activo en la conformación de la sociedad con el fin de promover la justicia y el bienestar²⁵. Políticas basadas en diversos tipos de prestaciones, asistencia sanitaria, educación, transportes, energía, medioambiente y un largo etcétera provocan un incremento importante de la intervención administrativa jugando un papel de especial relevancia la autorización²⁶.

La nueva realidad político-social produce sus principios que dan a luz una autorización con novedosas características. El control de las situaciones jurídicas activas del peticionario se produce *ex ante* y se puede prolongar durante todo el tiempo en que se encuentra activo, lo que quiere decir

como sigue: «La autorización se perfila hoy como un acto de la Administración por el que ésta consiente a un particular el ejercicio de una actividad privada, aunque inicialmente prohibida con fines de control administrativo de su ejercicio, constituyendo al propio tiempo la situación jurídica correspondiente» (E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 137).

²³ «La doctrina italogermana parte de un supuesto que es negado por la propia realidad universal. La libertad de industria y de comercio choca con la concepción fuertemente arraigada de la conciencia política del hombre moderno, de la función social, que a toda propiedad afecta y da la función conformadora de la realidad económica y social que al Estado atañe» (J. L. VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones administrativas», *op. cit.*, p. 696).

²⁴ Cfr. R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, *Las concesiones administrativas de dominio público*, *op. cit.*, pp. 133 y ss.

²⁵ «La nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran» (Preámbulo de la Constitución española de 1978).

²⁶ «De este modo es incongruente concebir la autorización a manera de una válvula de escape por donde la presión de la libertad económica desenfrenada queda eliminada, sino que, por el contrario, esta autorización policial implica una técnica de tutelar el interés público y forzar a la actividad económica y social a seguir los derroteros más convenientes a las necesidades públicas» (J. L. VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones administrativas», *op. cit.*, p. 697).

que este control *ex post* recae sobre la propia realidad material de la actuación privada²⁷.

Esta nueva configuración de la autorización parte de las múltiples posibilidades de intervención con las que el legislador cuenta y que, es necesario no olvidar, están al servicio de una sociedad más justa, libre y segura con el objeto de promover el bienestar. El legislador debe ponderar cuidadosamente los sacrificios a la libertad que suponen la adopción de un instrumento u otro; no acertar en la elección puede suponer privar injustificadamente de parte de la libertad que la Constitución reconoce²⁸.

B) *¿Existe, en el contexto del Estado social, diferencia entre concesión y autorización?*

El modelo que surge del Estado social es, como hemos comentado, el propio de un Estado intervencionista, en donde la libertad puede ser configurada mediante diferentes técnicas con el fin de tutelar el interés público. Esto queda recogido en la Constitución española de 1978 con expresiones significativas en su art. 38 en las que se busca la conciliación entre la libertad de empresa y la intervención del Estado en materia económica.

En este contexto, en el que subyace la idea de un orden económico²⁹ al que, por exigencias de economía general, se disciplina la actividad econó-

²⁷ Lo que puede dar lugar a «excesos» discrecionales por parte de la Administración como a continuación se expone: «La autorización de industrias en los sectores sujetos a condiciones técnicas y dimensiones mínimas se convirtió en reglada, ciertamente, como observó José Luis Villar Palasí (cfr. *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, DEP, 1965), porque la intervención de la Administración se reducía a comprobar si el proyecto técnico presentado por el solicitante aseguraba o no la producción del “mínimo” exigido, pero esto era solamente la apariencia externa. La realidad, como acabo de indicar, era muy otra, porque el mercado se abría o cerraba a voluntad por las normas que establecían o revisaban los mínimos correspondientes» (T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Breves reflexiones sobre la autorización previa», *op. cit.*, p. 16).

²⁸ Es, a este respecto, suficientemente elocuente el siguiente texto: «Tenemos derecho, sin duda, a exigir al legislador que cuando se vea en la necesidad de otorgar a la Administración poderes autorizatorios discrecionales establezca al propio tiempo los criterios a los que aquélla habrá de acomodar su ejercicio y tenemos también derecho a exigir a los jueces que cuando tales criterios existan no minimicen la comprobación de su efectivo respeto por las autoridades competentes, como no es infrecuente que lo hagan» (T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Breves reflexiones sobre la autorización previa», *op. cit.*, p. 23).

²⁹ «Hoy ya no se emplea la expresión “orden público económico” [...]. Se ha pasado de moda y utilizarla hoy se consideraría, quizás, políticamente incorrecto. Es una lástima, porque mostraba de forma muy plástica que el punto de partida de cualquier discurso sobre la autorización de actividades económicas no puede ser sin más en todo caso la afirmación

mica³⁰, las diferencias entre los títulos estudiados son difíciles de apreciar y el acuerdo doctrinal también.

En la discusión al respecto de la preexistencia o no de un derecho, o de si su carácter declarativo va mutando a constitutivo por la utilización económico-instrumental de la autorización, entra también la consideración de la autorización como un derecho en cuanto tal. Ésta es la idea que defiende Villar Palasí por cómo está morfológicamente construida la autorización en un Estado social que hace que los contornos existentes entre ambas instituciones se difuminen³¹.

Así, en el seno de esta discusión, una de las diferencias esenciales, por lo menos en un plano doctrinal, se encuentra en la previa reserva formal o *publicatio* de un sector que convierte a la concesión en un derecho exclusivo y excluyente³², lo que nos permite su distinción de la autorización

apriorística de un derecho preexistente, sino algo más complejo, de lo que, como mucho, eso que se califica de derecho preexistente es un ingrediente más» (T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Breves reflexiones sobre la autorización previa», *op. cit.*, p. 17).

³⁰ Y estas ideas, no exentas de duras críticas como a continuación se verá, son transversales a diferentes momentos históricos, como lo son los divididos por la Constitución de 1978. De tal manera que podemos afirmar que no estamos discutiendo sobre ideas viejas de un mundo pretérito: «Quizás se me responda a esto que lo que acabo de decir ocurrió hace mucho tiempo, en una época en la que no teníamos una Constitución que reconociera y garantizara la libertad de empresa como un derecho fundamental, ni tampoco una regulación defensora de la libre concurrencia, ni, en fin, un orden de autoridades (doble o, incluso, triple) encargado de evitar el establecimiento de semejantes barreras de acceso al mercado mediante manipulaciones parecidas. Quien así razone se engañará, sin embargo, porque basta leer con atención algunas de las leyes sectoriales aparecidas en los últimos años para comprobar que en muchos casos lo único que realmente ha cambiado es el lenguaje, porque el propósito conformador de la realidad y el uso instrumental de la autorización a su servicio siguen siendo visibles en ella» (T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Breves reflexiones sobre la autorización previa», *op. cit.*).

³¹ «Así, la efectiva creación de un Derecho que supone hoy la autorización, el condicionamiento continuativo de la misma, su caducidad por incumplimiento, el valor económico que implica, la discrecionalidad en su denegación (Sentencias de 28 de noviembre de 1927 y 7 de abril de 1943) y el carácter reglado de su otorgamiento (Sentencias de 4 de diciembre de 1917 y 5 de octubre de 1918), la intangibilidad de la autorización, una vez otorgada y en situación de cumplimiento de condiciones, respecto a la administración (Sentencia de 8 de octubre de 1925), y, en definitiva, la distinta perspectiva de la función social frente a la libertad económica descontrolada, suponen de suyo el derrumbamiento de las antiguas murallas que separaban el concepto de autorización de la concesión» (J. L. VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones administrativas», *op. cit.*, p. 697).

³² «De hecho, subsiste una diferencia esencial entre las ideas de autorización y concesión, y es cabalmente el carácter excluyente y privativo que es inherente a la segunda [...]. La idea central de la distinción, que configura el concepto de la concesión administrativa y permite lograr su unidad, es con ello la noción del privilegio regalístico como *lex in privos lata*. Tampoco el privilegio, por su rango y alcance derogatorio del régimen común, puede concederse indefinidamente» (J. L. VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones administrativas», *op. cit.*, pp. 697 y 698).

como categoría³³, pero que, finalmente, no deja de ser una convención expresada en Derecho positivo por el legislador³⁴.

Es, precisamente, esta falta de claridad en la precisión de los contornos de ambas instituciones lo que va a hacer que nos interese el estudio del título administrativo en cuanto a su contenido concreto, puesto que, en definitiva, el particular va a operar a partir de él, de las facultades que en el mismo vengan recogidas, de las capacidades que, esgrimiendo su titularidad, va a desarrollar, de la naturaleza de esos materiales jurídicos y de si, entre sus características, se encuentra su transmisibilidad.

C) *Los procesos liberalizadores en el contexto de las diferencias entre concesión y autorización*

Pero cabe preguntarse si el entramado antes descrito no estará siendo sustituido, como consecuencia del desplazamiento de los principios del Estado social, por uno nuevo surgido del proceso liberalizador. En el Estado intervencionista subyace el principio de orden económico con fines sociales; los procesos liberalizadores son expresión del principio de libre competencia con el fin de asignar de modo eficiente los recursos³⁵.

³³ En relación a la diferencia entre ambos títulos, teniendo en cuenta el cambio de perspectiva que produce la intervención del Estado en materias económicas, los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández ponen el acento no tanto en la consideración de ambas figuras como derechos, sino en la previa reserva formal de actividades a partir de la cual operan las concesiones, coincidiendo en este punto con Villar Palasí (cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 137). El profesor Germán Fernández Farreres lo expone con gran claridad desde su delimitación constitucional: «Aunque en no pocas ocasiones las consecuencias y efectos se asemejan, la diferencia fundamental entre autorización y concesión sigue radicando en que ésta se relaciona directamente con la existencia de una monopolización *de iure* de los servicios y actividades como consecuencia de su reserva a favor de la titularidad pública dentro de las posibilidades que ofrece el art. 128.2 CE» (G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Los transportes por carretera y competencia», en *Transporte y competencia*, 1.ª ed., Madrid, Civitas, 2004, p. 462).

³⁴ El profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor apunta a la voluntad «caprichosa» del legislador como raíz de una diferencia entre ambas instituciones que al final viene a ser meramente convencional: «La preexistencia o no de un derecho en el patrimonio del particular, el carácter declarativo o constitutivo de una y otra, y el carácter más o menos enérgico de la potestades de intervención son extremos que el legislador diseña, después, a su capricho» (J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, op. cit., p. 274).

³⁵ Como muestra bien valga, incluso, la intitolación de las leyes como expresión de los fundamentos ideológicos que animan sus principios jurídicos, y así tenemos, en el sector eléctrico, por un lado, la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional, cuya importancia, en palabras del profesor Gómez-Ferrer Rincón, «radica, además de ser la primera ordenación general del sector, en que, junto al mantenimiento

Una de las formas por las que penetra el Derecho comunitario en nuestro ordenamiento es por medio de la transposición de directivas, y ahí podemos encontrar ejemplos de la paulatina transformación que nuestras leyes van experimentando en orden a la asunción del principio de libre competencia y su corolario de principales manifestaciones: objetividad, transparencia, no discriminación e igualdad de trato, entre otros³⁶.

Por tanto, no cabe pensar que podríamos pasar de un sistema intervencionista a otro liberalizador sin solución de continuidad y, en ambos casos, en estado puro, lo que nos llevaría a manifestaciones radicalmente distintas en la conceptualización de los títulos administrativos o a un retorno indefectible a los postulados del Derecho preexistente, pero la realidad no parece que sea así³⁷. Está claro que las nuevas leyes sectoriales transposito-

de la declaración de servicio público, se regularon determinados mecanismos que posibilitaban la aparición de la competencia. Sin embargo, la introducción de dichos mecanismos no tuvo gran aplicación práctica»; por otro, la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, de regulación del sector eléctrico, que el mismo profesor comenta mencionándola como la ley por la que, como consecuencia, se produjo la liberalización del sector eléctrico siendo la norma transpositora de la Directiva 96/92/CE. Ahora bien, la Ley española «fue mucho más allá de las exigencias comunitarias en cuanto a la liberalización» y ello fue una «opción política del gobierno del Partido Popular» vencedor en 1996 (R. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, «El régimen económico del sector eléctrico», en *Derecho de la regulación económica*, t. II, Madrid, Iustel, 2009, pp. 865, 871 y 872).

³⁶ La enumeración de los principios fundamentales en el considerando segundo de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, es una buena muestra en donde se exige a los Estados miembros el «acatamiento de los principios del Tratado, y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia». Esta Directiva ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento por medio de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. En su artículo primero se enumeran los principios: libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos. Estos principios se le atribuye la finalidad de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, adquisición de bienes y contratación de servicios. En definitiva, que habiendo previamente definido las necesidades y respetando la libre competencia se seleccione la oferta más ventajosa. Hay una clara intencionalidad de optimización de los recursos o asignación eficiente de los mismos desde el respeto a la igualdad de oportunidades que quizás sea el único medio para la consecución, gracias a la competencia, de estos objetivos.

³⁷ Al menos en opinión del profesor Tomás Ramón Fernández que afirma lo siguiente: «Algunas de las leyes sectoriales promulgadas en las dos últimas décadas reproducen en lo esencial el mismo fenómeno de utilización instrumental de la técnica autorizatoria al servicio de la ejecución de políticas concretas de signo conformador que tan claramente ilustraba

ras de directivas no están en la línea de marcada instrumentalización de los títulos, en especial la autorización, al servicio de políticas concretas económicas o sociales, pero la Administración no ha quedado tampoco como mera fedataria del cumplimiento de requisitos, como supervisora de la inocuidad del ejercicio en algunas de ellas³⁸.

En general, y perseverando en el postulado de los principios como fuerza motriz del cambio conceptual en los títulos, parece que los procesos liberalizadores van calando en la textura jurídica y que la libertad se abre paso a través del reconocimiento de los derechos en aquellos casos en que la ley los concreta. Es el caso de aquellos sectores en donde las autorizaciones tienen carácter inequívocamente reglado³⁹, y, yendo más allá, en la Ley General de Telecomunicaciones de 3 de noviembre de 2003, que, partiendo del principio de intervención mínima, elimina las figuras de las autorizaciones y las licencias por contemplar la misma Ley una habilitación general e inmediata de explotación, a la par que refuerza notablemente a las autoridades de la Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones en materia de supervisión y regulación con el propósito de velar por la condiciones de competencia efectiva en el mercado⁴⁰, profundizando de este modo en el valor fundamental de la com-

el ejemplo del Decreto de 26 de enero de 1963», citando como claro ejemplo de una de ellas la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres de 30 de julio de 1987, en donde el servicio público queda relegado a los transportes terrestres por carretera, quedando liberalizado el resto, pero con amplios poderes discrecionales puestos en manos de la Administración cuando la apariencia del desempeño de la actividad «requiere simplemente la obtención de una autorización». Cfr. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Breves reflexiones sobre la autorización previa», *op. cit.*, pp. 17 y 18.

³⁸ Entresacamos esta contundente opinión que habla por sí misma: «La producción y suministro de electricidad es, quizá, el más importante de todos los servicios públicos [...] La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, llevada de un afán liberalizador muy acusado, eliminó solemnemente la calificación de servicio público, pero con la paradoja de establecer, al tiempo, un régimen de intervención y dirección pública de la industria eléctrica mucho más intenso que el que existía en la etapa anterior» (J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, *op. cit.*, p. 314).

³⁹ «Es el caso de las Leyes de Hidrocarburos de 7 de octubre de 1998, en lo que respecta al mercado de productos petrolíferos y al suministro de gases combustibles mediante canalización; del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales de 13 de julio de 1998, y del Sector Ferroviario de 17 de noviembre de 2003» (T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Breves reflexiones sobre la autorización previa», *op. cit.*, p. 19).

⁴⁰ Como puede observarse en la Exposición de Motivos de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones: «Se refuerzan las competencias y facultades de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en relación con la supervisión y regulación de los mercados. Se contempla un sistema que gana en flexibilidad, mediante el cual este organismo realizará análisis periódicos de los distintos mercados de referencia, detectando aquellos que no se estén desarrollando en un contexto de competencia efectiva e imponiendo, en ese caso,

potencia con objetivos de optimización de recursos y, también, de control del gasto y estabilidad presupuestaria.

Hay que preguntarse si el proceso de tránsito paulatino de un ordenamiento intervencionista (basado en la utilización instrumental de la autorización en orden a la consecución de diferentes objetivos sociales, que en materia económica se traduce en la finalidad de alcanzar el máximo grado de libertad compatible con el orden público económico) a otro liberalizador (en los que la libertad de competencia, la transparencia y la no discriminación vienen asociadas, además de a los valores que en sí mismos tienen, a objetivos macroeconómicos de control del gasto y estabilidad presupuestaria) dará lugar a cambios en los títulos administrativos que afecten a su misma esencia y, por consiguiente, al concepto que se tenga de ellos mismos⁴¹.

En definitiva, si el Estado social dio lugar a un nuevo concepto de autorización que por sus mismas características difícilmente era distinguible, en cuanto a sus causas y efectos, de la concesión, así, habrá que preguntarse qué nos deparará la nueva realidad que surge de los procesos liberalizadores: podría llevarnos, por un lado, de vuelta a la visión clásica, puesto que los primados ideológicos de libertad y mínima intervención parecen un buen caldo de cultivo para la autorización reglada, y, por otro, a la concesión, llegado el caso al amparo de las reservas legales oportunas establecidas en las *publicatio* pertinentes del art. 128.2 de la Constitución española⁴²; sin embargo, el escenario geopolítico es bien diferente del que,

obligaciones específicas a los operadores con poder significativo en el mercado. Es novedoso también el cambio en la definición de este tipo de operadores, pasando de un concepto “formal”, esto es, basado en la superación de una determinada cuota de mercado, a uno “material”, más cercano al tradicional derecho de la competencia, es decir, basado en la posición de fuerza del operador que le permite actuar con independencia de sus competidores o de los consumidores que sean personas físicas y usuarios» (Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, *BOE*, núm. 264, de 4 de noviembre de 2003, p. 38890; rect. en *BOE*, núm. 65, de 19 de marzo de 2004, p. 12202).

⁴¹ Parece lógico pensar que un proceso político-económico que es transformador de suyo socialmente lleve en sus entrañas unos principios que embeban el ordenamiento afectando en su ser a las propias instituciones administrativas, haciéndolas partícipes de todo ello: « Por ello todo esquema intelectual, aunque tienda a conseguir apoderarse del aspecto y naturaleza jurídicas de una institución administrativa, debe inspirarse por necesidad en las concepciones políticas y económicas del legislador e insertar éstas en el cuadro general de la Administración, que no puede definirse ya como órgano apolítico del poder, toda vez que lo político penetra hasta las mismas entrañas de lo administrativo, matizándolo y dándole dirección y sentido» (J. L. VILLAR PALASÍ, «La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 3, SEP-DIC, 1950, p. 57).

⁴² Para una visión clásica de la autorización anclada en el Derecho preexistente y control administrativo previo de inocuidad cfr. J. C. LAGUNA DE PAZ, «La autorización admi-

en su día con principios liberales, fueron alumbrados los títulos clásicos. Una Europa con 27 miembros en una dinámica expansiva aún no determinada, con un Derecho comunitario supraestatal que, aun primando los principios basados en libertades individuales, no abandona aquellos otros tendentes a la cohesión social, a la protección medioambiental, a la ordenación de los movimientos migratorios y otros.

Sea como fuere, aunque la inercia de los procesos liberalizadores es innegable y éstos, en general, vienen acompañados de mayores espacios de libertad, la colaboración público-privada adquiere una notable relevancia en los actuales momentos históricos, máxime tras la reciente crisis de los mercados financieros que ha mostrado las debilidades de los procesos desregulatorios implementados en las postrimerías y albores de los siglos pasado y presente. El papel del Derecho administrativo en este contexto viene dado por unas exigencias basadas en la flexibilidad necesaria para asumir las dificultades actuales e implica una fecunda relación, con injertos iusprivatísticos, entre los diferentes agentes sociales públicos y privados, no permitiendo ni la desaparición de todo control administrativo ni el retorno a un modelo de protagonismo netamente intervencionista⁴³.

nistrativa: entre la *escala* del dogmatismo y el *Caribdis* del relativismo», en *Actas del I Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, 1.^a ed., Navarra, Aranzadi, 2007.

⁴³ Elocuente al respecto de todo esto es el siguiente texto del profesor Fernández Farres. En primer lugar se destaca el cada vez mayor protagonismo de los actores privados en ámbitos tradicionalmente públicos: «Si nos ceñimos al ámbito de la llamada Administración económica, baste recordar el fenómeno de la privatización en sus diversas manifestaciones, tanto la concretada en la atribución a particulares del ejercicio de verdaderas funciones públicas, como la determinante del amplio proceso de reducción del sector empresarial —un proceso que nos sitúa ante una nueva experiencia desamortizadora, industrial en este caso—, como también el proceso de liberalización de la mayoría de los sectores servicios excluidos de la iniciativa privada, con directa incidencia en categorías jurídicas centrales como el servicio público». También se hace referencia a la mutación público-procedimental, que pasa de una posición de unilateralidad a otra de investida de un carácter negociable con técnicas iusprivatísticas: «Téngase en cuenta, asimismo, el desarrollo de una administración en la que los procedimientos consensuales y negociados pugnan por desplazar los tradicionales criterios de actuación unilaterales». Las nuevas formas en que se expresa la Administración con un propósito de configurar espacios especializados en los que las decisiones tienen un cariz técnico que las intenta independizar de la pugna política: «O la propia reconfiguración del aparato administrativo, dadas las funciones parcialmente distintas que se esperan de la Administración, y el creciente fenómeno de las llamadas Administraciones independientes». Por último, otras manifestaciones que tienen el espectro público con tonalidades propias de una mixtura público-privada: «Piénsese, en fin, en el papel a desempeñar en la satisfacción misma de los intereses generales por las organizaciones sociales y los propios individuos, reflejado en el voluntariado y en los cometidos asumidos por el tercer sector no lucrativo, o en algunas otras transformaciones en curso que parecen responder, en

Así las cosas, cabe preguntarse si es posible seguir manteniendo el concepto de autorización instrumental con efectos constitutivos de situaciones jurídicas, como un sector de la doctrina sigue defendiendo⁴⁴, o si la clásica, en un régimen de libertades, es la mejor explicación⁴⁵, o como un auténtico derecho, que sólo cabe diferenciarlo de la concesión, como categoría, en tanto en cuanto ésta se constituye como exclusivo y excluyente⁴⁶.

Lo cierto es que el título administrativo, tanto la autorización como la concesión, es un marco jurídico-administrativo⁴⁷ que regula aspectos de la realidad concretos y que otorga a su titular una posición jurídica singular con valor patrimonial entre otros. Dicho marco jurídico alberga un contenido jurídico concreto (facultades tasadas y limitadas) y en él subyace un interés público con fundamento legal⁴⁸.

efecto, a una reconsideración en profundidad de la posición que el Estado y la Administración deben observar respecto de los individuos y la sociedad en su conjunto» (G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad y la administración económica», en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Madrid, Civitas, 2003, p. 165).

⁴⁴ Como así hacen los profesores García de Enterría y Fernández Rodríguez, posición que no niega la existencia de derechos preexistentes, pero que ya carece del carácter definitorio (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 137), o como también T. R. Fernández defiende que nada hay de antemano establecido y que hay que estar a la regulación concreta (T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Breves reflexiones sobre la autorización previa», *op. cit.*, p. 22).

⁴⁵ Como defiende Laguna de Paz, con efectos declarativos (J. C. LAGUNA DE PAZ, «La autorización administrativa: entre la *escala* del dogmatismo y el *Caribdis* del relativismo», *op. cit.*, pp. 25 y ss.).

⁴⁶ Cfr. J. L. VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones administrativas», *op. cit.*, pp. 684 y ss.

⁴⁷ Aunque el autor se refiere a la autorización, la idea es extrapolable, ante la falta clara de señas de identidad, al título genéricamente y más en concreto dentro del ámbito de las materias económicas: «Cabe avanzar ya que si no es la propia Administración la que crea el derecho con su intervención en el caso concreto mediante la actividad autorizante, sí impone con la misma el marco en el que dicha titularidad puede desenvolverse, esto es, configura y diseña el modo en que puede ejercerse» (R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, *Las concesiones administrativas de dominio público*, *op. cit.*, pp. 132 y 133).

⁴⁸ Tal como los profesores García de Enterría y Fernández Rodríguez señalan, son los títulos administrativos vistos como expresión de un acto administrativo favorable a su destinatario que se independiza de la fuente legal abstracta concretándose jurídicamente de este modo y que legitiman a su titular al ejercicio de los derechos que del acto resultan, a mayor abundamiento: «Esta atribución de derechos o de situaciones jurídicas activas efectuada por los actos administrativos a favor de los particulares se ampara siempre en la ley [...] En cualquier caso, sea la declaración de derechos reglada [...] o discrecional, es importante notar que, una vez el acto administrativo dictado, es éste el que juega como título del derecho por él mismo reconocido, independizándose de la cobertura legal superior, la cual sólo en los casos de revisión del acto (de oficio o en vía de recurso) vuelve a emerger para contrastar la validez de dicho título». Comprendido todo el proceso como una simple técnica con analogías visibles respecto de los títulos privados y que tiene efectos muy importan-

Todo lo anterior hace del título administrativo una realidad jurídica unitaria, de naturaleza constitutiva e incorporable al patrimonio de su titular como un auténtico derecho. La única nota que pudiera diferenciar formalmente a los títulos en autorizaciones y concesiones es la *publicatio*. Diferencia que queda desvanecida en la práctica por la confusión de regímenes, como ha quedado demostrado previamente: autorizaciones que actúan en ámbitos publicados como concesiones, y concesiones, que lo son, en sectores materialmente publicados sin declaración solemne.

Por tanto, es la propia realidad jurídica, a través de sus manifestaciones concretas, la que, en una suerte de síntesis, ha configurado una categoría superior y omnicomprendiva, el título administrativo, que supera en la práctica las diferencias existentes entre autorización y concesión.

II. CONCESIONES ADMINISTRATIVAS: PARADIGMA DE LOS TÍTULOS ADMINISTRATIVOS

Una vez alcanzada la categoría de título administrativo, omnicomprendiva en relación a la autorización y a la concesión sobre la base de una única naturaleza constitutiva, nos queda por comprobar si los contenidos concretos recogidos en el título influyen materialmente en su transmisión. En definitiva, si la relación establecida entre la Administración y el titular privado expresada en las concretas facultades tasadas y limitadas que recoge el título y que se proyectan sobre actividades concretas condicionan la transmisibilidad del mismo. Para ello se estudia el título administrativo por antonomasia, la concesión administrativa, que por su complejidad e importancia puede servir de paradigma en el estudio de los contenidos concretos, y su proyección, que puede albergar un título administrativo.

1. Concesiones administrativas

No sin dificultad se podría defender hoy en día la idea de un Estado indiferente a las numerosas necesidades de una sociedad compleja crecientemente, como es la nuestra. Son, precisamente, ese conjunto de necesidades las que coadyuvan a la conformación de un conjunto de fines que se

tes en el tráfico. Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 103 y 104.

marca el Estado y que para alcanzarlo se dota de unos medios materiales encauzados jurídicamente, como no podía ser de otro modo en un Estado de Derecho⁴⁹.

El fin abstracto hacia el que se dirige el actuar estatal se descompone en múltiples fines que toca a cada sociedad en su momento histórico concretar⁵⁰. La distinción clásica que establecía una neta separación entre necesidades *uti singuli* y *uti universi*, así fuesen necesidades individuales o colectivas y, según esto, prestadas⁵¹, se diluye al producirse una cierta confusión por su ambivalencia⁵² o por consolidación de las primeras⁵³.

La función pública, a la luz de estas consideraciones, tiene un marcado carácter contingente por situarse su manifestación concreta en el terreno de lo histórico. Esta trayectoria de progresiva consolidación de las necesidades en el tiempo hace que el Estado penetre en múltiples actividades que convencionalmente podríamos calificar como de privadas⁵⁴.

⁴⁹ «La finalidad abstracta del Estado es la consecución del bien común. El bien particular es el que, de manera inmediata, concierne a cada individuo o grupo; el bien público es el que concierne a la masa total de individuos y grupos integrados en el Estado: bien de la “multitud” (Aristóteles y Santo Tomás), bien de la generalidad (según la expresión de la Edad Media), bien de la “nación” (en el lenguaje de la revolución), bien del público (Hauriou)» (J. L. VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones administrativas», *op. cit.*, p. 685).

⁵⁰ «En cada sociedad y en cada momento histórico existen una serie de prestaciones que los particulares precisan o demandan de modo incondicional por ser consideradas imprescindibles para el correcto funcionamiento del sistema social y económico» (J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, *op. cit.*, p. 311).

⁵¹ «Se dan en la realidad sociológica dos diferentes grupos de necesidades suscitadas por el hecho de la agrupación política de los individuos: unas, de entre ellas, se sienten como individuales, en cuanto individualmente son prestadas, aunque sean colectivamente sentidas, y tal es el caso del servicio público; en cuanto otras, como las relativas a la defensa nacional, mantienen su carácter colectivo no sólo en su vivencia de origen, sino también en el sistema a través del cual resultan satisfechas» (J. L. VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones administrativas», *op. cit.*, pp. 686 y 687).

⁵² «La distinción tan generalizada entre servicios *uti singuli* y *uti universi* es convencional y de grado o proporción, porque la inmensa mayoría de las actividades administrativas son, al tiempo, una cosa y otra [...] el servicio de la sanidad tiene primariamente por destinatarios a ciudadanos concretos, pero atiende también a necesidades colectivas, como la prevención de epidemias» (J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, *op. cit.*, p. 312).

⁵³ El profesor Villar Palasí abunda en esto al razonar sobre la idea del Estado en el que lo político y lo administrativo son *un quid vital* en el que la realidad movable, fluctuante y orgánica se impone sobre el apriorismo dogmático: suponiendo, en expresiva acuñación, «trabazón funcional y colaboración conjunta», para concluir: «Cabalmente, el signo de la marcha ascendente de lo político podría resumirse en la trayectoria de progresiva consolidación de unidades *uti singuli*» (J. L. VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones administrativas», *op. cit.*, p. 687).

⁵⁴ Esto puede hacerse mediante procesos formales jurídicamente establecidos como son aquellos que exigen una *publicatio*, como ocurre a través de nuestro art. 128.2 de la Constitución de 1978, que precisan de una reserva de servicios o sectores esenciales mediante la

Sin embargo, no debemos con ello caer en el error de establecer un paralelismo entre función pública y gestión directa, o, dicho de otro modo, no todas las actividades que el Estado asuma la responsabilidad de su funcionamiento deben ser gestionadas directamente por él⁵⁵.

Precisamente es en aquellas actividades en las que el Estado decida gestionarlas indirectamente, a través de particulares, en donde entra en juego la técnica concesional⁵⁶, que presupone una *publicatio* excluyente de la iniciativa privada⁵⁷.

A partir de una reserva formalizada en ley al sector público de recursos o servicios esenciales⁵⁸ se articula una medida de intervención de la Administración que sirve para hacer partícipes a sujetos privados de actividades que, por su relevancia social y económica, se responsabiliza el Estado de las mismas⁵⁹.

Es un hecho incuestionable que, desde la formalización en una ley, el Estado puede reservar sectores que antes de la misma fuesen plenamente privados, lo que supondrá, mediante procedimientos expropiatorios, una efectiva nacionalización de actividades privadas. La Administración, posteriormente, configurará con fundamento legal derechos *ex novo* que, siendo exclusivos y excluyentes, incidirán en la esfera patrimonial de sus titulares incrementándola, si bien temporalmente y con cier-

aprobación de una ley, pero también se puede dar la asunción paulatina por parte de los poderes públicos de servicios considerados socialmente como públicos sin la existencia de ningún acto solemne. Cfr. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, op. cit., pp. 312 y 313.

⁵⁵ «En efecto, afirmada la categoría de función pública ante una masa de necesidades sociales, el Estado tiene una doble opción: o bien prestar tal función directamente, o bien dejar en manos de los particulares esta prestación, reservándose él el poder concesional y de control continuativo de la actuación» (J. L. VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones administrativas», op. cit., p. 687).

⁵⁶ «El procedimiento de concesión se traduce de este modo en la entrega al súbdito de una esfera funcional de competencia atribuida a la Administración pública, o más concisamente, a la investidura de una función pública» (J. L. VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones administrativas», op. cit., p. 687).

⁵⁷ Queriendo decir con esto que la *publicatio* lo que supone en realidad es lo siguiente: «La eliminación total de las titularidades privadas en el sector de que se trate y su traslado a la titularidad pública, desde la cual se dispensan posibilidades parciales de ejercicio a los particulares mediante la fórmula concesional» (E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 147).

⁵⁸ Vid. art. 128.2 de la CE de 1978.

⁵⁹ Estas medidas de intervención con una raíz inequívocamente legal se insertan en un sistema de libertades que permite al Estado estar presente sin sospechas de arbitrariedad: «A través de la concesión, el Estado actúa hoy su misión de conformar la realidad social circundante, paliando por su medio el *horror abissii* que una socialización a ultranza comporta de suyo» (J. L. VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones administrativas», op. cit., p. 687).

to grado de dependencia respecto de la Administración: rescate, caducidad, reversión⁶⁰.

En definitiva, la conformación de la realidad económica concreta que representa el título concesional será realizada desde la perspectiva marcada por la Administración que la utiliza como instrumento de intervención económica modulando la libertad hacia fines de interés general⁶¹.

A) *La concesión como técnica de transferencia de funciones*

Las concesiones administrativas, tradicionalmente, se han dividido en constitutivas y traslativas, según se transfiera o no al administrado funciones inherentes al Estado⁶². El hecho mismo de la existencia de una transferencia hecha desde el poder al administrado⁶³ genera en las traslativas una dinámica inexistente en las primeras: una vinculación funcional entre la Administración y el sujeto titular de la concesión⁶⁴.

La cuestión a resolver es si esa transferencia desde el poder a un sujeto privado implica cesión de soberanía, habida cuenta de que la intervención de la Administración en el otorgamiento de la concesión no se produce como persona jurídica, sino como poder del Estado⁶⁵. La respuesta dada

⁶⁰ Por su expresividad transcribo: «Aquí la libertad queda sustituida por una concesión administrativa otorgada desde arriba, que configura facultades, pero también el deber de ejercerlas en un determinado sentido y siempre con la extensión que la Administración determine, concesión que es, además, resoluble en un plazo, o caducable o rescatable por la propia Administración» (E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, *op. cit.*, pp. 147 y 148).

⁶¹ Una valoración al respecto de la técnica concesional como instrumento de poder político: «Se manifiesta así el sistema concesional como la forma políticamente más intachable y administrativamente más ágil de conseguir el control económico» (J. L. VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones administrativas», *op. cit.*, p. 687).

⁶² Por tanto, en ambos tipos de concesiones se constituye un derecho privativo, lo que ocurre es que en las segundas se transfiere algo que virtualmente, o al menos en potencia, operaba en manos de la Administración. Por tanto, y en palabras del profesor Villar Palasí: «La distinción hace referencia más bien a un plus, inherente a las segundas y de que las primeras carecen» (J. L. VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones administrativas», *op. cit.*, p. 699).

⁶³ En nuestra legislación histórica observamos este fenómeno: ambas implican privilegios reservados al príncipe y otorgados por él al súbdito, sin embargo, sólo las traslativas se verifican junto a la dación del derecho a una transferencia desde el poder. Cfr. J. L. VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones administrativas», *op. cit.*, pp. 699 y ss.

⁶⁴ «Las concesiones constitutivas puras no generan vinculación continuativa funcional. El poder de la Administración se agota en ellas en la mera creación del Derecho y sus deberes se limitan a la carga de respetar los derechos así surgidos» (J. L. VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones administrativas», *op. cit.*, p. 699).

⁶⁵ «La Sentencia de 26 de mayo de 1923 establece comúnmente el concepto de la relación jurídica concesional al definir que en la misma “la Administración interviene como

por una parte importante de la doctrina científica y con respaldo del Consejo de Estado es que la transferencia de funciones no implica la cesión de poder, sino que, por el negocio de la concesión, se transfiere a un particular por parte de la Administración una esfera de actuación. De esta manera se consigue unir bajo un mismo género concesional a las especies de dominio y de servicio público⁶⁶.

La Administración, en definitiva, cede al particular una esfera de actuación originariamente administrativa, lo que supone una transferencia parcial de funciones⁶⁷ que implica una tasa limitada de facultades y que en ningún caso supone una propiedad plena. La esfera de actuación puede referirse al orden real, que en el escenario administrativo queda configurado por la idea de dominio público, o puede referirse al orden de la actividad y de la gestión situándonos, de entre todas, en aquellas actividades que se conceptúan como servicio público, discriminándose del resto de modo natural por su función social o económica.

En todo caso, la titularidad pública constante e inderogable, tanto del dominio como del servicio, queda intacta tras la concesión, reteniendo la Administración para la situación facultades de imperio⁶⁸. Y esto hace que la posición jurídica del adjudicatario de una concesión en relación con el Estado no pueda ser otra que la de la subrogación⁶⁹ en las funciones transferidas, para llevarlas a cabo con la tasa limitada de facultades que conlleva dicha transferencia funcional⁷⁰.

poder del Estado y no como persona jurídica, ya sea para realizar determinados servicios públicos, ya para otorgar el uso o aprovechamiento de ciertos bienes de dominio público concedidos a los particulares o entidades jurídicas» (J. L. VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones administrativas», *op. cit.*, p. 700).

⁶⁶ Cfr. J. L. VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones administrativas», *op. cit.*, pp. 699 y ss. Para doctrina discrepante en relación a la unión bajo un mismo género traslativo y a mayor abundamiento de los autores citados por Villar Palasí encontramos en Rafael Fernández Acevedo una posición que defiende la imposibilidad de una visión unitaria. Cfr. R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, *Las concesiones administrativas de dominio público*, *op. cit.*, pp. 97 y ss.

⁶⁷ «Solamente la idea matriz de transferencia de funciones administrativas permite identificar las heterogéneas especies de lo que en principio tiene una raíz común» (J. L. VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones administrativas», *op. cit.*, p. 700).

⁶⁸ «Por ello el servicio público sigue siendo tal y referible a la Administración que mantiene en él facultades de imperio (STS de 21 de febrero de 1969), y por ello la concesión demanial no implica una cesión plena del dominio público al particular, pues la Administración no se desprende de su titularidad, sino sólo de la explotación de los bienes» (R. PAREJO GÁMIR, «Transmisión y gravamen de concesiones administrativas», *Revista de Administración Pública*, núm. 107, mayo-agosto de 1985, p. 11).

⁶⁹ «En todo caso, la idea nuclear de la concesión traslativa es la subrogación del concesionario al Estado en determinadas funciones y no poderes que le son consustanciales» (J. L. VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones administrativas», *op. cit.*, p. 701).

⁷⁰ Finalmente, por resumir la materia: «Esta transferencia de funciones, que no implica

B) *Tipos de concesiones: de dominio y de servicio*

La técnica concesional es una técnica interventora de la Administración que permite, partiendo de haber constituido un monopolio de derecho sobre unos sectores o servicios esenciales concretos, distribuir entre un número limitado de administrados el ejercicio de las actividades inherentes o necesarias a dichos servicios. Esto permite elegir los sujetos más aptos en cuanto a capacidad y garantías en orden al cumplimiento del interés público que subyace a la actividad en cuestión; diseñar el contenido de las facultades que limitadamente se transfieren para el ejercicio de la concreta actividad; imponer el ejercicio de la actividad de manera forzosa y bajo fiscalización administrativa, cuyo incumplimiento iría en contra del interés general, y por último, como expresión de que la titularidad, en todo caso, siempre ha sido de la Administración, ésta se reserva la posibilidad de la caducidad de los derechos otorgados, el rescate de los mismos y la reversión de los bienes concesionales en un plazo determinado. Todo ello para o bien iniciar un nuevo proceso adjudicador o con el propósito de una explotación directa por parte de la Administración⁷¹.

Partiendo de la idea matriz antes apuntada de que la transferencia de funciones administrativas es lo que permite unificar las múltiples especies de concesiones administrativas, podemos dividir las en dos grandes grupos: por un lado, las concesiones demaniales o de dominio público en donde lo que se transfiere a un particular es una esfera de actuaciones referentes al uso y aprovechamiento privativo de bienes de dominio público, y, por otro, las concesiones de servicio público en que lo que se transfiere hace referencia a la gestión y explotación de un servicio público⁷².

en todo supuesto transferencia de poder, es el concepto que puede permitir unificar la idea, un tanto dispersa, en la normativa actual de la concesión administrativa» (J. L. VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones administrativas», *op. cit.*, p. 700).

⁷¹ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 149.

⁷² Tanto José Luis Villar Palasí como Roberto Parejo Gámir o José María Martín Oviedo, por citar algunos, hacen referencia explícita en sus escritos al importante Dictamen del consejo de Estado de 11 de noviembre de 1950 fundamentando la idea de unidad concesional. Cfr. J. L. VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones administrativas», *op. cit.*, p. 700; R. PAREJO GÁMIR, «Transmisión y gravamen de concesiones administrativas», *op. cit.*, p. 12; J. M.^a MARTÍN OVIEDO, «Transferencia, hipoteca, embargo y ejecución en las concesiones administrativas», en *Estudios de Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1972, pp. 302 y 303.

Existen otras divisiones en el mundo concesional, pero no entraremos en ellas habida cuenta del escaso interés o relevancia que puedan tener en el fenómeno de la transmisibilidad de títulos⁷³.

a) *Concesiones de dominio: la progresiva personalización del orden real*

La concesión demanial se caracteriza por hacer surgir por medio de un acto administrativo favorable a su destinatario un derecho real de carácter administrativo del que carecía con anterioridad y con todos los caracteres propios de los derechos reales: inmediatividad, ejercicio *erga omnes*, exclusividad, inscribibilidad registral. Faculta a su titular el derecho a un uso privativo, exclusivo y excluyente, de bienes inmuebles demaniales con todas las señas de identidad propias de los derechos reales⁷⁴.

Con la concesión de dominio extendemos la categoría de bienes demaniales, afectos a un uso público o a un servicio público, a cosas que no están llamadas a servir de soporte físico a una función pública, sino que son de utilidad privada y, por tanto, a producir bienes dentro del tráfico privado. Sin embargo, lo que se persigue con la concesión es una racionalización en la explotación de un recurso concreto que por su importancia social y económica y por su escasez se les hace entrar, por medio de la técnica concesional, en la órbita del demanio: titularidad y función pública⁷⁵.

⁷³ Roberto Parejo Gámir expone con claridad este punto que hacemos nuestro, aunque con una salvedad al respecto de las de obra pública y la financiación de las mismas por su régimen peculiar del que más adelante se hablará: «A esta dicotomía fundamental nos limitamos, rechazando las restantes posibles especies concesionales: las llamadas concesiones constitutivas (el ejemplo clásico es la de títulos nobiliarios), muy alejadas de la presente problemática; las enigmáticas concesiones industriales, negadas por la mayoría de los autores y que, por lo que ahora importa, serían subsumibles en cuanto a su transmisión en el régimen de las de servicio público, y, por último, las concesiones de obras públicas, tal como las configuró la venerable LOP, que, en la actualidad, deben entenderse incluidas en las de dominio o en las de servicio (según sea concesiones mixtas de obra y dominio o mixtas de obra y servicio, respectivamente), a efectos de su transmisibilidad» (R. PAREJO GÁMIR, «Transmisión y gravamen de concesiones administrativas», *op. cit.*, pp. 12 y 13).

⁷⁴ «Se trata, conforme reconoce casi unánimemente la doctrina científica y la propia jurisprudencia, de un derecho subjetivo de carácter patrimonial, temporal y de naturaleza administrativa, que confiere al concesionario el poder ocupar o aprovechar privativamente una porción de un bien de dominio público para destinarlo a los fines concretos que la propia concesión establece, configurándolo como un derecho real de goce» (R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, *Las concesiones administrativas de dominio público*, *op. cit.*, p. 226).

⁷⁵ El agua es un típico ejemplo de la utilización de estas técnicas concesionales modificando sustancialmente la situación anterior de dominio público y privado según los usos: «Si se emplea la técnica demanial, que es por la que ha optado la nueva Ley de Aguas, nin-

La inclusión del título en el patrimonio de su titular privado hace referencia a otra característica muy importante en orden a la explicación de la transmisibilidad. La patrimonialización del título concesional está íntimamente ligada a la idea de transmisión funcional. No se produce cesión de poder, sino cesión de gestión en doctrina del Consejo de Estado⁷⁶, como ya tratamos en su momento.

Otra de las explicaciones tradicionales que abundan en la patrimonialización de las concesiones demaniales es su carácter fundiario, en donde prima el interés del concesionario de modo preferente⁷⁷. Sin embargo, no es posible dejar de resaltar lo ya tratado en este punto, que no es otra cosa que la utilización de esta técnica en orden al mejor aprovechamiento de recursos escasos y con relevancia social y económica que atrae a la demanialidad bienes no afectos en principio, lo que hace que sean perfectamente compatibles el interés público subyacente al título concesional y los intereses privados de su titular y terceros⁷⁸.

En esta línea podemos afirmar que una de las diferencias que encontramos entre las concesiones demaniales y las de servicio se encuentra en la caracterización de las primeras como derechos reales de goce sobre una porción del dominio público. En la transferencia de funciones que se produce desde la Administración al particular en una concesión demanial se dota a éste de una esfera de actuación que se expresa en una tasa limitada de facultades que sitúa al titular privado en relación directa e inmediata, exclusiva y excluyente, con un bien inmueble demanial del que puede obtener todo el aprovechamiento que el título le permita⁷⁹.

gún privado podrá utilizar los respectivos recursos sin una previa concesión administrativa, la cual se otorgará con fines distributivos de recursos escasos de alta significación económica y social» (E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 150).

⁷⁶ Cfr. R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, *Las concesiones administrativas de dominio público*, op. cit., pp. 238 y ss.

⁷⁷ «Ello es lo que lleva el carácter fundiario de este tipo de concesiones, que se configuran como derechos propios, patrimoniales, del concesionario, de los que éste puede libremente disponer» (R. PAREJO GÁMIR, «Transmisión y gravamen de concesiones administrativas», op. cit., p. 44).

⁷⁸ Un ejemplo de todo esto es cómo los títulos concesionales sirven de garantía de los derechos de terceros para la obtención de financiación que hace viable la puesta en marcha de proyectos muy costosos que no podrían ser viables, quizás, de otro modo. Cfr. R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, *Las concesiones administrativas de dominio público*, op. cit., p. 239.

⁷⁹ «La titularidad del dominio público sólo puede corresponder a entes públicos: no cabe, por tanto, que dichos bienes sean propiedad de sujetos privados, los cuales sólo pueden ostentar concretos derechos de uso de los mismos» (J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, op. cit., p. 540).

La concesión de dominio público otorga a su titular un derecho real de carácter administrativo⁸⁰ que es perfectamente compatible con los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad⁸¹ reguladores de los bienes de dominio público⁸². Estos bienes son *res extra commercium*, hallándose fuera del tráfico jurídico privado precisamente por ser expresión de una función pública. Sin embargo, nada obsta a que, permaneciendo inalterada la titularidad de la Administración sobre el bien —caracterizado por las notas propias de la demanialidad—, ésta otorgue un título administrativo concesional que constituya derechos de uso sobre el bien demanial en cuestión. Esto es lo que hace que el título que habilita a explotar un bien demanial se rija por Derecho público, puesto que es la Administración titular del bien quien es fuente, fundamentada legalmente, de ese título, que una vez otorgado entra en el tráfico jurídico privado con autonomía, puesto que se patrimonializa, pero no con total independencia, puesto que responde su existencia a un interés público⁸³.

La proyección de esa esfera de actuación, expresada en una tasa limitada de facultades que se proyectan en el orden real, concretamente sobre un bien inmueble demanial, hace que el título concesional sea inscribible registralmente, puesto que está considerado como un bien inmueble por el art. 334 del Código Civil. Por tanto, y en virtud también del art. 93.2 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, se podrá inscribir en el Registro de la Propiedad; por otro lado, los arts. 97 y 98 de la mencionada Ley del Patrimonio permiten la constitución de hipotecas⁸⁴, previa

⁸⁰ Cfr. art. 97 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre de 2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, *BOE*, núm. 264, de 4 de noviembre de 2003, p. 38924.

⁸¹ Principios expresados en el art. 132.1 CE; en los arts. 6.a), referido a los principios relativos a los bienes y derechos de dominio público, y 30.1, referido a el régimen de disponibilidad de los bienes y derechos, de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, y 80.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, *BOE*, núm. 8945, de 3 de abril de 1985; rect. en *BOE*, núm. 139, de 11 de junio de 1985, p. 17576.

⁸² «Bajo esta denominación se comprenden unos tipos de bienes de propiedad de la Administración que se afectan a servir de soporte físico de una determinada función pública propia de la administración propietaria, función pública que puede ser, o bien un uso público (caminos, calles, etc.), o bien un servicio público estrictamente (ferrocarriles, instalaciones militares, escuelas)» (E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 149).

⁸³ «Existe, por consiguiente, un tráfico jurídico peculiar que tiene su origen en un título otorgado por la Administración, la concesión de dominio público, que asigna a los titulares verdaderos derechos subjetivos de naturaleza real y carácter administrativo, sometidos al propio Derecho administrativo» (R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, *Las concesiones administrativas de dominio público*, op. cit., p. 242).

⁸⁴ El art. 98.2 hace referencia explícita a la constitución de hipotecas bajo autorización administrativa, estando intitulado el mismo como de transmisión de derechos reales, lo cual

autorización administrativa. Profundizando en esta línea, se abren posibilidades de financiación novedosas con el art. 99 de la misma al regular los derechos de cobro de los créditos con garantía hipotecaria pudiendo ser cedidos a fondos de titulación hipotecaria y fondos de titulación de activos previo cumpliendo los requisitos establecidos en el susodicho artículo.

La inscribibilidad registral, fruto de la demanialidad, produce unos efectos —como se ha visto— que amplían notablemente el horizonte de participación por medio de instrumentos de financiación complejos, de terceros «anónimamente expresados» en diversos fondos de titulación hipotecaria y de activos que plantean una extensión del término transmisibilidad, como iremos tratando.

La autorización administrativa previa, que ha sido traída a colación al hablar de la inscribibilidad⁸⁵, es otro de los elementos que, junto al *intuitu personae*, han servido tradicionalmente para diferenciar concesiones demaniales y de servicio público también en orden al establecimiento del régimen de transmisibilidad.

Así, las concesiones demaniales se han considerado libremente transmisibles *inter vivos* y *mortis causa*, con el requisito único de notificar la transmisión, una vez verificada, a la Administración que se limitaba únicamente a homologar *ex post* el acto dispositivo, verificándolo y registrándolo, en orden a la consideración del cesionario, en la relación concesional, como nuevo concesionario. En esta visión tradicional, el elemento subjetivo en las concesiones de dominio era de menor peso que en las de servi-

es significativo de lo que supone el establecimiento de esta garantía en orden a la titularidad de la concesión, como más adelante se verá.

⁸⁵ También en este punto ha existido cierta confusión al respecto de las concesiones que pueden acceder al registro y cuáles no. Sin embargo, el criterio de la demanialidad marca una diferenciación básica, incluso cuando puedan existir dudas al respecto de la calificación del título en cuestión, puesto que las autorizaciones no parecen tener acceso al registro siempre que sepamos distinguir las, lo que no es fácil. El criterio de Roberto Parejo Gámir es clarificador: «Por ello, la eterna cuestión acerca de las concesiones que tienen acceso al Registro de la Propiedad puede contestarse con arreglo a estas pautas. Son inscribibles: a) todas las concesiones demaniales, ya que todas afectan o recaen sobre bienes inmuebles; b) algunas concesiones de servicio, en concreto aquellas que llevan consigo un matiz dominial, que, por regla general, serán todas las que sean en realidad concesiones mixtas, de obra y servicio, ya que en todas ellas existe ese elemento demanial que justifica su inscripción. Y, por el contrario, no serán inscribibles las concesiones de servicio puras. Las que ni tienen una fase previa de construcción de obra pública, ni implican un uso especial de bienes de dominio público, aunque sea subordinado a la prestación del servicio: ejemplo clásico, las concesiones de transporte mecánico por carretera» (R. PAREJO GÁMIR, «Transmisión y gravamen de concesiones administrativas», *op. cit.*, pp. 17 y 18).

cio⁸⁶ y, por ello, factor diferenciador, puesto que en estas últimas el carácter *intuitu personae* adquiriría máxima relevancia.

⁸⁶ En la cuestión de la importancia del carácter *intuitu personae* y su peso encontramos diferencias según los autores que creo es necesario apuntar; así, la primera de ellas correspondiente a Rafael Fernández Acevedo que parte de considerar la inexistencia del mencionado carácter en la mayoría de las concesiones demaniales: «Por otra parte, tradicionalmente se ha afirmado que la mayoría de las concesiones de dominio público carecen del reiterado carácter *intuitu personae*. Y, justamente, en este dato se ha venido situando una de las diferencias más acusadas con las concesiones de servicio público y de obra pública que no pueden explicarse sin el mismo, pues en ellas el elemento subjetivo posee una importancia capital» (R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, *Las concesiones administrativas de dominio público*, *op. cit.*, p. 331). Por otro lado, Roberto Parejo Gámir precisa que el problema más acusado que tuvo que superar la transmisibilidad de la concesión de ambas especificidades viene directamente relacionado con el carácter *intuitu personae* que afecta a todo tipo de concesiones: «Pero quizá el obstáculo más serio a la transmisibilidad de la concesión haya sido la calificación tradicionalmente dada a la misma de acto *intuitu personae*: para dictar la concesión es fundamental para la Administración la consideración de las cualidades personales del concesionario (solvencia económica, cualificaciones técnicas, etc.). El permitir la transmisión de la concesión implica una flagrante vulneración de este principio de la dogmática de las concesiones administrativas. Este fundamental rasgo, el carácter *intuitu personae* de las concesiones, ha sido repetidamente proclamado por la jurisprudencia». A continuación se cita jurisprudencia que hace referencia a una concesión de servicio: la STS de 28 de octubre de 1966, relativa a una concesión de transporte por carretera, así lo afirma en base al art. 22 RTC; también otra, sobre el mismo tipo de concesión, de 15 de junio de 1977. A continuación se traen a colación dictámenes del Consejo de Estado referentes a concesión de obras y de servicios, en donde apuntalar la idea de la transmisión como transgresión de la dogmática concesional: «Por su parte, el C. de E. ha proclamado el mismo principio en repetidas ocasiones. Para el Dictamen de 12 de mayo de 1948, en cuanto función que se confía al particular para la realización de una obra de interés general, implica la concesión una colaboración de un particular con la Administración, que la otorga *intuitu personae*. Ahora bien, en el último de ellos citado, mencionando la importante Ley de Contratos del Estado de 1965 donde se regulan aspectos formales y de fondo de los contratos administrativos, se reconoce que, aunque la relación es personalísima, la regla general es la transmisibilidad y las excepciones se deben interpretar restrictivamente: «En el mismo sentido, el Dictamen de 14 de julio de 1965 para las concesiones de servicio, así como el muy importante de 30 de abril de 1981. Para este último, entre los principios propios de la concesión de servicios públicos que hoy recoge la LCE está el principio del carácter personalísimo del contrato, que impone que la gestión del servicio la asuma personalmente el adjudicatario; si bien, tras ello, afirma el Dictamen que la regla general es la posibilidad de transferir la concesión, y las excepciones han de interpretarse restrictivamente». A continuación se afirma que la condición *intuitu personae* se da también en la concesión demanial, si bien con menor peso, y aludiendo a la doctrina de las STS de 21 de febrero de 1976 que recoge la de otra de 1972 llamando la atención sobre el hecho de la valoración de criterios que se da en las de dominio, que incluye las «circunstancias personales del concesionario» que permite incluir en los pliegos «limitaciones convencionales a la transmisibilidad» que es la hipótesis de este autor: la transmisibilidad restringida de las concesiones. Y esto es consecuencia del equilibrio alcanzado entre la concesión, como elemento patrimonial de su titular privado, y el interés público presente en la concesión —que impone restricciones a la libre transmisibilidad—. Cfr. R. PAREJO GÁMIR, «Transmisión y gravamen de concesiones administrativas», *op. cit.*, pp. 26 y 27.

Sin embargo, creemos que la opinión de José María Martín Oviedo por fundamentarse en el modo en que prima el interés público en una u otra especie concesional acierta en señalar la clave de bóveda de la transmisibilidad concesional. Antes de llegar a ese punto examina la importancia de las condiciones subjetivas del concesionario en función de las cuales se establece la relación concesional, no siendo ésta de índole estrictamente bilateral. Ahora bien, deja sentado como principio la tutela del interés público: «La consideración específica de las condiciones subjetivas del concesionario no tiene otra razón de ser que la tutela del interés público que a la Administración le está encomendada, por lo que esa consideración será exigible cuando ese interés público prevalezca no tanto en el otorgamiento como en el disfrute o ejercicio de la concesión». Trae a colación el Dictamen de 12 de mayo de 1948, en el expediente núm. 3517, para fundamentar lo anterior, aunque no del todo del gusto del autor en lo que a la claridad expositiva se refiere. En el Dictamen se traza una separación en cuanto al carácter que se da en toda concesión: «Es, a la vez, un derecho que su titular puede ejercitar en su propio interés particular, pero también es una función que se le confía para realizar una obra de interés general. Como derecho, la concesión podría cederse libremente. Ahora bien, dentro de su segundo carácter, la concesión implica una estrecha colaboración con la Administración, que la otorga *intuitu personae*, sin que pueda efectuarse su transmisión sin intervención activa (de la Administración)». Desarrollando lo anterior, Martín Oviedo, partiendo del Dictamen de 4 de febrero de 1965 en el expediente núm. 33.630, explica que en la teoría general de la transmisibilidad concesional se logra, partiendo de diversas perspectivas, superar una doctrina contraria a la transmisibilidad en la que, como consecuencia del entronque de la concesión con los derechos regalianos, se entiende que esa libre transferencia vulnera las prerrogativas de la Administración. La superación de la misma, expuesta en el mismo dictamen, viene de la mano del «progresivo perfeccionamiento institucional del Estado de Derecho y del régimen administrativo», que ha supuesto un equilibrio más equitativo entre los intereses de las partes en la relación concesional y que se expresa en la idea matriz, ya comentada, de la vinculación de la concesión a la cesión de gestión y no a la gestión de poder. De esta forma «quedaba suprimida cualquier implicación de la soberanía del Estado en el acto concesional, con lo que (además) quedaba el camino expedito para la patrimonialización de la concesión misma». En este punto aborda la diferencia entre las concesiones de dominio y las de servicio público, en una «precisión de interés a propósito de la transmisión de las concesiones». Y, precisamente, aquí hace hincapié en el interés público al significar a las de servicio público como aquellas «en las que prima de un modo absoluto ese interés público en el ejercicio de la concesión». Para hacer esta distinción también se apoya en el Alto Cuerpo Consultivo, concretamente en el Dictamen de 9 de julio de 1954, en el expediente núm. 14.933, en donde se contempla «la necesidad de separar dos supuestos radicalmente distintos. El primero, atinente a la cesión de las concesiones puramente de dominio público, y el segundo, relativo a las transferencias concesionales de servicios públicos» (obsérvese en este punto que hasta el léxico varía para aludir al fenómeno). Finalmente, la definición del régimen de transmisibilidad concesional se basa en dos elementos ínsitos (el de obras públicas sólo enunciado) en dicho Dictamen, a saber: el primero, el principio general establecido en la Ley de Obras Públicas de 1877 que transcribe el autor a nota a pie de página: «El concesionario podrá transferir su concesión o enajenar las obras libremente, pero entendiéndose que el que le sustituya en su derecho le sustituye también en las obligaciones que le imponen las cláusulas de la concesión y quedando subsistentes las garantías que han de hacer efectiva su responsabilidad». Y añade: «De la enajenación o transferencia de los derechos correspondientes se dará cuenta al Ministerio de Fomento o a la corporación que hubiese otorgado la concesión, a los efectos oportunos». Libre transmisibilidad y notificación una vez producida. Desde ahí, el autor hablando por el dictamen expone el régimen de transmisibilidad: «Nuestra normativa en materia de

Sin embargo, esta dualidad, en cuanto a la transmisibilidad de los regímenes se refiere, ha ido perdiendo vigor por la asimilación de caracteres propios de la concesión de servicio en la demanial⁸⁷. La asunción de estos elementos puede observarse en concesiones típicamente demaniales como la de minas, que en el siglo XIX eran perpetuas en su otorgamiento y absolutamente libres en su transmisión por su acentuado carácter patrimonial. Las leyes de minas de 1938 y 1944 cambian el perfil de la concesión acercándola a una de servicio: el ejercicio de las mismas resulta obligatorio, lo cual quiere decir que pueden caducar por incumplimiento o por mala explotación y se impone autorización expresa para los actos de disposi-

transferencias concesionales distingue claramente dos supuestos: en el primero (concesiones de dominio público), la Administración actúa con mera facultad de homologación, atribuyendo personalidad administrativa y, por ende, confiriendo la cualidad de concesionario; en el segundo supuesto, la Administración no actúa ya con simple facultad de homologación *a posteriori*, sino que ejercita facultades discrecionales *a priori* para la cesión de concesiones de servicios». Cfr. J. M.^a MARTÍN OVIEDO, «Transferencia, hipoteca, embargo y ejecución en las concesiones administrativas», *op. cit.*, pp. 307-311.

Por su parte, Villar Palasí afirma con toda rotundidad: «La concesión es transmisible por su propia naturaleza, del mismo modo que cualquier otro bien patrimonial». Solamente los fines perseguidos por la Administración justifican la necesidad de autorización: «Pero la necesidad de que el concesionario revise ciertas condiciones de nacionalidad, solvencia económica y técnica, garantías de explotación, según los fines perseguidos por la Administración, etc., que pueden ser de carácter reglado, o más bien, como es el caso general, de apreciación estimativa y discrecional de la Administración». La autorización, sin embargo, es necesaria atendiendo al carácter funcional más que al elemento subjetivo del concesionario: «Por ello es cabalmente el carácter funcional que a la concesión afecta, en cuanto la concesión traslativa supone transferencia de funciones, y no el carácter *intuitu personae* el que condiciona a previa autorización la transmisión administrativa de la concesión». Es, en definitiva, en la visión unitaria de las concesiones traslativas, las funciones transferidas y los fines perseguidos lo que condiciona una transmisibilidad que, en la visión del autor, es intrínseca a su propia naturaleza patrimonial. De ahí que en las concesiones de dominio «la transmisibilidad se condiciona normalmente a un contenido reglado, sin necesidad de un acto administrativo específico de autorización (aguas, minas, marismas, puertos), llegándose incluso así, donde el carácter patrimonial prevalezca, a la posibilidad de libre cesión (marismas, Real Orden de 25 de junio 1875)» (J. L. VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones administrativas», *op. cit.*, p. 732).

⁸⁷ «Nuestro ordenamiento jurídico distinguía tradicionalmente dos supuestos en materia de transferencias concesionales: en el caso de las concesiones de dominio público, y conforme al art. 103 de la Ley de Obras Públicas de 1877, el concesionario podrá transferir su concesión libremente, sin perjuicio de dar cuenta a la Administración; en el caso de concesiones de servicio público, la transferencia de la concesión exige previa autorización administrativa. Dicha nítida separación de regímenes se ha venido empañando progresivamente mediante la sucesiva atracción de la disciplina jurídica de la concesión de dominio público por la de servicio público, bien mediante la imbricación de caracteres propios de una y otra en concesiones mixtas, bien mediante la acentuación del carácter personalista de la concesión de dominio público. En el caso de concesiones mixtas, el carácter personalista aparece especialmente acusado» (Dictamen del Consejo de Estado 998/1994, de 23 de junio de 1994, p. 2).

ción. La ley vigente de 1973 profundiza en esa línea al convertirlas en concesiones temporales.

El interés público va desplazando al particular y a medida que esto ocurre va primando el elemento subjetivo que restringe la libre transmisibilidad, de ahí que concesiones que antaño tenían un carácter patrimonial lo hayan ido paulatinamente perdiendo, impregnándose de *intuitu personae* propio de la de servicio.

El fundamento de este principio de atracción radica en la función social que a toda propiedad afecta y que se ha constituido como el impulsor que ha transformado los perfiles de los institutos concesionales que en el mundo decimonónico estaban alumbrados por fundamentos liberales⁸⁸.

Las ideas de una buena gestión de los bienes públicos son las que desplazan el predominante carácter patrimonial por el del interés público que da lugar a estos cambios. Esto se traduce en una importancia creciente del carácter *intuitu personae* que, por principio, restringe la libre transmisión concesional, puesto que no sólo el otorgamiento del título, sino el ejercicio de las facultades transferidas, vienen considerados por la solvencia económica real y la capacidad técnica como garantía del cumplimiento de la función encomendada⁸⁹.

Es cierto que el *intuitu personae* recae en las características que debe reunir el concesionario como tal y no en las estrictamente personales del sujeto. Esto permite hacer abstracción del sujeto que se subrogará al Estado en la posición de concesionario permitiendo la transmisión del título, pero ya no libremente, sino con la necesaria autorización previa sin la cual el incumplimiento grave, producido por su falta, devendría en caducidad de la concesión⁹⁰.

Si con Martín Oviedo convenimos en que en las concesiones de servicio público «prima de modo absoluto ese interés público en el ejercicio de

⁸⁸ «El fundamento de este principio de atracción no es otro sino la misma idea de función social de toda propiedad, que se desarrolla mejor a través de las concesiones de servicio o industriales que en la forma puramente demanial» (J. L. VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones administrativas», *op. cit.*, p. 701).

⁸⁹ «Hoy, no obstante, la regulación positiva de las concesiones de dominio público presenta una tendencia clara a destacar de modo más decidido las condiciones y cualidades económicas y técnicas del sujeto concesionario, lo que, a imagen de las concesiones de servicio público, convierte aquellas en *intuitu personae*» (R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, *Las concesiones administrativas de dominio público*, *op. cit.*, p. 232).

⁹⁰ Hay alguna doctrina defensora del carácter personalísimo de la mayor parte de las relaciones favorables regidas por Derecho público. Para éstas no habría posibilidad alguna de modificación subjetiva, ni *inter vivos* ni *mortis causa*. Cfr. R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, *Las concesiones administrativas de dominio público*, *op. cit.*, p. 330.

la concesión⁹¹» y que, precisamente para tutelarlos, consideramos específicamente las condiciones del concesionario, tendremos que concluir que una progresiva personalización de las concesiones demaniales es expresión del paulatino desplazamiento del interés privado por el público, produciéndose una suerte de despatrimonialización en favor de una cierta actividad proyectada en el orden real con sesgos de función pública a través de la actividad concreta que se ejercita en virtud del título⁹².

Todo lo cual viene a considerar que el elemento clave en toda concesión, ya sea demanial o de servicio público, es el interés público. La mayor o menor preponderancia del mismo dará lugar a una personalización más o menos intensa con el propósito de tutelarlos⁹³ que producirá sus efectos en la transmisibilidad del título, que puede ir desde su total libertad, que supone la patrimonialización de un título concesional, hasta su absoluta intransmisibilidad, que convierte a la relación jurídica entre la Administración y el titular en personalísima⁹⁴.

⁹¹ J. M.^a MARTÍN OVIEDO, «Transferencia, hipoteca, embargo y ejecución en las concesiones administrativas», *op. cit.*, p. 310.

⁹² Explicativo de lo anterior es el cambio de denominación del título minero de explotación, que pasa de título de propiedad a denominarse título de concesión de explotación, con clara intención por parte del autor de hacer notar el subyacente interés público en el título concesional: «A finales de 1914, empieza una etapa de mayor intervencionismo del Estado, por el gobierno se atribuyó la facultad de reservar terrenos con yacimientos minerales de especial interés para el desarrollo industrial y la defensa nacional. En 1938, la Ley de 7 de junio, sobre investigación y explotación de minerales, supuso un cambio radical al establecer un fuerte control de las concesiones por parte de las autoridades mineras. Una manifestación muy importante de este cambio fue la modificación de la denominación anterior del título minero de explotación. De denominarse “título de propiedad” pasó a llamarse *título de concesión de explotación*. La Ley de Minas de 1944 supuso la culminación de este cambio y el retorno a la consideración de la verdadera naturaleza jurídica de la concesión de la que deriva un derecho de explotación de los minerales» [L. C. FERNÁNDEZ-ESPINAR LÓPEZ, «El dominio público minero», en L. PAREJO ALFONSO y A. PALOMAR OLMEDA (dir.), *Derecho de Bienes Públicos*, t. III, Navarra, Aranzadi, 2009, pp. 478 y 479].

⁹³ Es importante insistir en este sentido, el elemento subjetivo no es un fin en sí mismo en orden a la consideración de la concesión en cuanto tal: «Debe dejarse sentado, en efecto, que el *intuitu personae* no pertenece a la esencia dogmática de la concesión, sino que constituye una condición sustancial que se impone por el Derecho positivo en algunas de sus modalidades» (J. M.^a MARTÍN OVIEDO, «Transferencia, hipoteca, embargo y ejecución en las concesiones administrativas», *op. cit.*, p. 308).

⁹⁴ El art. 109 del Reglamento de Costas contempla unos peculiares títulos administrativos: autorizaciones para la ocupación del dominio público marítimo-terrestre otorgadas con carácter personal e intransferible intervivos, no siendo en ningún caso inscribibles en el Registro de la Propiedad. Un ejemplo de personalización de un título de demanio con las pautas propias que tradicionalmente han caracterizado a las de servicio. Es la concreta tutela del interés público lo que explica la subjetivización del título con independencia del orden sobre el que recaiga. *Vid.* art. 109 del Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciem-

Por tanto, si lo que estamos considerando es una esfera de actuación que ha sido transferida a un particular para desarrollar una función propia de la Administración, esfera de actuación que hace referencia bien al orden real, dotando de facultades concretas que se proyectan sobre bienes demaniales, bien al orden de la actividad y la gestión, dotándole con las propias para la ejecución de un servicio público, lo que verdaderamente se transmiten los particulares es la posición jurídica de subrogarse a la Administración en unas concretas funciones que en nada afectan a la titularidad que sigue siendo incuestionablemente pública.

Es ese actuar, que se vierte sobre lo real o sobre la gestión o simultáneamente en ambos órdenes, lo que hay que considerar verdaderamente transmisible a la luz del título concreto. Y lo será tanto más cuanto menos personalizado esté, puesto que el carácter *intuitu personae* es más intenso cuanto más prevalece el interés público que a toda concesión subyace y da sentido.

La confusión nominal entre títulos, la personalización progresiva de los demaniales y la cooperación de lo demanial en proyectos mixtos de servicios hace que toda distinción se diluya en beneficio de una categoría de lo concreto: es el título administrativo. Éste como expresión de una esfera de actuación puesta en manos de su titular particular en suerte de colaboración con la Administración que se estrecha más cuanto más prevalece el interés público.

III. TRANSMISIÓN

1. Concepto

En relación al concepto de transmisión pretendemos acoger la expresión más amplia posible del mismo. No vamos a ocuparnos exclusivamente del acto traslativo que supondría el cambio de titular en el título administrativo, sino también de aquellos otros que de producirse provocan, de la misma manera, la introducción en la relación concesional de un *extraño*⁹⁵

bre, *BOE*, núm. 297, de 12 de diciembre de 1989, p. 38459; rect. en *BOE*, núm. 20, de 23 de enero de 1990, p. 2101.

⁹⁵ Expresión acuñada por José María Martín Oviedo con la que queremos dar a entender el proceso de filtración de terceros ajenos al proceso de adjudicación del título concesional: «Esta idea podría expresarse como el posible *extrañamiento de la concesión* a que conducen, en línea progresiva y de diverso modo, la transferencia, la hipoteca, el embargo y la ejecución judicial de la misma» (J. M.^a MARTÍN OVIEDO, «Transferencia, hipoteca, embargo y ejecución en las concesiones administrativas», *op. cit.*, p. 305).

a la misma, sin que por ello formalmente se produzca en estos últimos un cambio en la titularidad y, por tanto, en el concepto de parte⁹⁶.

El aspecto principal y común a todos estos procesos es el relativo a la inclusión de terceros que se produce en la relación jurídica recogida en el título administrativo que en principio atañe a la Administración y al adjudicatario del título de forma exclusiva y excluyente en su otorgamiento y, por su carácter *intuitu personae* más o menos intenso, de transmisibilidad restringida. Esta exclusiva relación puede dar entrada a terceros como consecuencia del ejercicio de facultades propias del contenido del título por su titular privado⁹⁷. Quiere esto decir que no sólo nos referimos a aquellos actos traslativos que supongan un cambio en la titularidad privada del título, sino a todos aquellos actos jurídicos que, voluntaria o involuntariamente, impliquen la participación de terceros privados no titulares en la concreta relación jurídico-administrativa expresada en el título administrativo⁹⁸.

Sin embargo, el denominador común a todos estos procesos es que lo hacen eludiendo los procedimientos de publicidad y libre concurrencia

⁹⁶ «En lo referente al problema de la concesión administrativa, la delimitación de los administrados que deben entender por parte no suscita tan graves dificultades como el problema general, ya que en puridad este carácter de parte en muchas ocasiones sólo debe atribuirse al solicitante de la concesión» (J. L. VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones administrativas», *op. cit.*, p. 731).

⁹⁷ «Las concesiones administrativas, tanto las demaniales como las de servicio, desde el punto de vista del particular, constituyen un derecho que, como tal, tiene un valor patrimonial y es susceptible del tráfico jurídico-privado» (R. PAREJO GÁMIR, «Transmisión y gravamen de concesiones administrativas», *op. cit.*, p. 70).

⁹⁸ Nos estamos refiriendo a todo un conjunto de facultades propias del contenido patrimonial del título en cuestión y que son ejercitables voluntariamente por su propia naturaleza: «Dentro de este tráfico privado es indudable que la concesión puede ser objeto no sólo de actos traslativos, sino también de negocios constitutivos de derechos reales sobre la misma. La concesión puede no solamente venderse, sino ser objeto de usufructo, de un derecho de opción, de hipoteca (las concesiones inscribibles), y, en general, de derechos reales sobre ella» (R. PAREJO GÁMIR, «Transmisión y gravamen de concesiones administrativas», *op. cit.*, p. 70). También aquellos actos que, habiendo usado voluntariamente de las anteriores facultades, produzcan la entrada involuntaria, aunque probable y quizás no querida, en la relación jurídica, es lo que puede producirse de ejercitarse la facultad que permite constituir una hipoteca sobre la concesión: «Si admitimos [...] el que una concesión puede ser embargada a través del correspondiente proceso judicial, debemos reconocer que ello implica, por la misma naturaleza del embargo, la posibilidad de que tal concesión se afecte, al menos en su contenido patrimonial, a un fin que es ajeno a su propia esencia [...]. De ahí que tanto la afectación, en que el embargo consiste, como la enajenación, que se verifica a través de la ejecución procesal, tiendan a producir, de un modo gradual y progresivo el que he llamado "extrañamiento de la concesión"; extrañamiento —preciso es decirlo— de carácter involuntario o no negocial» (J. M.^a MARTÍN OVIEDO, «Transferencia, hipoteca, embargo y ejecución en las concesiones administrativas», *op. cit.*, pp. 304 y 305).

que alumbraron el otorgamiento de los títulos administrativos⁹⁹. El título se otorga, se patrimonializa y entra en una dinámica iusprivatística que progresivamente puede producir un extrañamiento en su relación original, puesto que los vínculos con terceros se producen al margen de cualquier mecanismo publicitario público. Son las relaciones entre particulares las que configuran una realidad jurídica en la que la autorización administrativa, *ex ante* o *ex post*, es la única manifestación de la existencia de un interés público. Pero es precisamente este interés público, subyacente y que da sentido a la existencia del título administrativo, el que justifica y exige la existencia de un procedimiento transparente no sólo en el otorgamiento del título, sino también en todos aquellos que supongan un acto jurídico que sustituya o incorpore a sujetos que no son parte: transmisión¹⁰⁰, constitución de derechos, gravámenes y procesos derivados como consecuencia de los anteriores que supongan la afectación del título a fines ajenos al mismo. En definitiva, nos estamos refiriendo a la necesidad de un proceso, con todas las garantías de publicidad y concurrencia, que suponga una *asignación objetiva y una reasignación transparente* de títulos administrativos¹⁰¹.

⁹⁹ La importancia de la transparencia en todo el proceso de selección se pone de manifiesto en el conjunto de libertades reconocidas por el Derecho comunitario y que están en juego: «Las Directivas comunitarias que han regulado ciertos aspectos de los contratos públicos, en particular los procedimientos de selección de los contratistas, se han preocupado por resaltar con intensidad la exigencia de respetar el principio de publicidad como medio de suscitar la concurrencia, entendiéndose que ambos se encuentran al servicio de libertades reconocidas en el Tratado (libre circulación de personas, mercancías y capitales; libertad de establecimiento y prestación de servicios)» (J. F. MESTRE DELGADO, *La extinción de la concesión de servicio público*, Madrid, La Ley, 1992, p. 155).

¹⁰⁰ Los títulos administrativos son, por el propio interés público que los anima, bienes patrimoniales que responden a una necesidad pública desde su misma génesis. Aunque a la Administración le sea indiferente su titular, siempre que reúna los requisitos del sujeto privado al que se le otorgó originariamente, el resto de los operadores económicos pueden tener legítimas aspiraciones a alcanzar su titularidad derivada, así: «En mi opinión, el problema debe ser enfocado en la actualidad tanto en la forma en que queda apuntada como desde el parámetro que suministra el interés de los sujetos que actúan en el mercado por obtener la relación concesional; esto es, desde la perspectiva de los principios de publicidad y concurrencia como inspiradores del procedimiento de selección, que se encuentran al servicio en la actualidad de libertades comunitarias» (J. F. MESTRE DELGADO, *La extinción de la concesión de servicio público*, *op. cit.*, p. 162).

¹⁰¹ Traemos a colación la elocuente expresión de José Esteve Pardo con la que intitula uno de sus trabajos sobre Derecho público económico. Con él introducimos una nueva derivada en el asunto que estamos tratando. Hasta aquí se ha considerado la necesidad de que los principios públicos de publicidad y concurrencia presidan no sólo los procedimientos de otorgamiento de los títulos —ya lo hacen en gran medida—, sino también aquellos otros en virtud de los cuales se produce una transmisión derivativa —por diferentes vías— entre

Estos procesos deben dar respuesta satisfactoria a intereses que son legítimos y están amparados por los principales principios ínsitos en la conciencia jurídica, económica y social del momento actual. Así, cuando desde el Derecho comunitario nos referimos a la obligación que tienen los Estados miembros de respetar los principios de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, y los derivados de estas libertades como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia en la adjudicación de contratos celebrados en los susodichos Estados¹⁰², lo estamos haciendo en referencia tanto a la satisfacción de una racionalidad que se atribuye a las decisiones de las instancias públicas como aquella que es propia de los mercados, puesto que todos los anteriores principios son compatibles con el de competencia que permite la asignación eficiente de unos recursos siempre escasos¹⁰³.

De esta manera, desde los principios de publicidad y concurrencia que se encuentran al servicio de las libertades comunitarias antes descritas, pro-

sujetos privados para evitar lo que podría semejarse a una adjudicación directa (Mestre Delgado) por una total patrimonialización que rompiese el principio de igualdad en títulos con un interés público en su génesis y ejercicio. A esos principios jurídicos de otorgamiento de títulos a sujetos privados que obedecen a una racionalidad público-administrativa hay que añadir otra de carácter económica que entra en tensión con la anterior, aunque no por ello ha de ser incompatible: «En los últimos tiempos asistimos con mucha frecuencia al enfrentamiento entre dos propuestas de racionalidad, planteadas con reiterados y similares argumentos en ambos casos: una es la racionalidad que tradicionalmente se ha venido atribuyendo a las decisiones de las instancias públicas, precedidas de un procedimiento abierto a los diversos intereses en juego; otra es la racionalidad que se atribuye al mercado» (J. ESTEVE PARDO, «El mercado de títulos administrativos. Asignación objetiva, reasignación transparente», en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al profesor Dr. D. Sebastián Martín Retortillo*, Madrid, Civitas, 2003, p. 743).

¹⁰² Cfr. Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en su considerando segundo.

¹⁰³ El considerando decimotercero de la mencionada Directiva 2004/18/CE, tratando un aspecto basado en las técnicas electrónicas de compra, establece una clara compatibilidad entre ambas racionalidades: la público-jurídica basada en los principios de publicidad y concurrencia, y la económica de asignación eficiente de recursos escasos fundamentada en el principio de competencia: «Cualquier operador económico debe poder integrarse en un sistema de este tipo si presenta una oferta indicativa conforme con el pliego de condiciones y cumple los criterios de selección. Esta técnica de adquisición permitirá, mediante la creación de una lista de licitadores ya aceptados y la posibilidad ofrecida a nuevos licitadores de integrarse en ella, que los poderes adjudicadores dispongan de una gama especialmente amplia de ofertas —gracias a los medios electrónicos utilizados— garantizando así una utilización óptima de los fondos públicos mediante una amplia competencia».

piciamos un marco jurídico propicio a la igualdad de oportunidades a la par que permitimos una competencia que nos permita asignar de la forma más eficiente los recursos públicos y privados. Se conjugan de esta forma todos los principios sobradamente mencionados, de tal manera que ambas racionalidades público-jurídica y económica den lugar a otorgamientos de títulos basados en procedimientos no discriminatorios y de igualdad de trato junto con una eficiente utilización de recursos que están en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto¹⁰⁴.

El interés público, situándose como centro de gravedad, exige un procedimiento basado en los principios de publicidad y concurrencia, tanto en el otorgamiento como en la transmisión de títulos administrativos, como expresión de los principios de igualdad de trato y no discriminación y al servicio de las libertades comunitarias antes descritas. Esto primordialmente y obedeciendo a una racionalidad propia de las actuaciones de las instancias públicas. Secundariamente los principios ya sobradamente mencionados de publicidad y concurrencia sirviendo a las susodichas libertades sirven de catalizador para que el principio de competencia actúe desplegando sus efectos también en materia económica, produciéndose una asignación efectiva de recursos que obedece a una lógica de mercado, coadyuvando a la estabilidad presupuestaria y control del gasto en el ámbito público, y evitando situaciones monopolísticas perniciosas en materia de competencia.

Sin embargo, es el interés público que subyace, da sentido y existencia al título administrativo el que fundamenta la exigencia de un procedimiento basado en los principios de publicidad y concurrencia tanto en su otorgamiento como en su transmisión derivativa, por tanto, abierto a todos y excluyendo a aquellos que no cumplan los requisitos exigidos objetivamente para ejercitar las funciones transferidas. Esto, en sí mismo considerado, es el pilar de la existencia de la necesidad de un procedimiento así considerado. Las consecuencias beneficiosas en la asignación eficiente de recursos —tanto públicos como privados— de la aplicación de estos principios al servicio de la competencia son un aspecto secundario en relación a la materia tratada y no deben distraernos de lo principal en este caso: la existencia de un interés público como fundamento de todo título administrativo que opera como elemento que explica la exigencia de procedimientos abiertos en su otorgamiento y transmisión, y, por su misma esencia, actúa de límite en el proceso de patrimonialización del título en cuestión.

¹⁰⁴ Cfr. art. 1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, BOE, núm. 261, de 31 de octubre de 2007, p. 4436.

En definitiva, la exigencia de publicidad y concurrencia en un título administrativo formado a partir de la necesaria presencia de lo público, por estar en juego los intereses generales, conlleva que en la titularidad del mismo esté ausente cualquier sospecha de arbitrariedad en su otorgamiento y transmisión, y que los principios de igualdad de oportunidades y de transparencia sirvan de garantía.

Con esto se pretende demostrar que las tensiones existentes entre dos racionalidades aparentemente opuestas, como son la de las actuaciones de las instancias públicas y la propia del mercado, pueden conciliarse gracias a la actuación de los principios y libertades presentes en el ordenamiento comunitario y que impregnan los nacionales.

Por tanto, ya adelantamos que el principal problema a resolver en el ámbito de las transmisiones de títulos administrativos es el diseño de un procedimiento público, por el momento inexistente, que, contemplando todas las libertades, principios y garantías antes mencionados, adjudique y transmita objetivamente los títulos administrativos.

2. La transmisión en su materialidad

La cuestión clave a resolver para saber lo que se dilucida en este asunto parte de entender qué es lo que materialmente se transmite, y esto no es otra cosa que una esfera de actuaciones que son proyectadas sobre bienes o servicios que en ningún caso pierden su titularidad pública. Estamos hablando, en definitiva, de comportamientos proyectados en la esfera de lo real o de las actividades de gestión con el fin de ejecutar funciones públicas. La Administración crea un derecho cuyo contenido es una tasa limitada de facultades que materialmente son un conjunto de comportamientos que se proyectan sobre bienes demaniales —para su uso y aprovechamiento— o sobre servicios públicos —para su gestión— con el fin de que el particular ejecute funciones inherentes al Estado.

Por tanto, una tasa limitada de facultades contenida en un título, caracterizado por su intangibilidad, que se transfiere a un particular que, como titular originario, ocupa una posición jurídica que es la propia de quien se subroga al Estado en unas concretas funciones. La patrimonialización del título se produce como consecuencia de que lo transferido es una cesión de gestión y no de poder. De ahí que de la patrimonialización se derive, como una facultad más, la facultad de disposición sobre el título. La transmisión del título por parte de su titular originario, mediando autorización admi-

nistrativa *ex ante* o *ex post*, produce un titular derivativo que sustituye al originario en la posición de parte en el título administrativo. Esta cesión no es otra cosa que una novación subjetiva¹⁰⁵, puesto que el cesionario asume todos los derechos y obligaciones adquiridos por el cedente, ocupando su posición jurídica, y éste, a su vez, transmite el título tal cual lo recibió sin poder operar modificación alguna en el mismo extinguiéndose su relación con la Administración una vez consumado el negocio traslativo.

En todo este proceso de transmisión del título administrativo lo realmente llamativo a los efectos de este estudio ha sido la inexistente influencia de los principios al servicio de las libertades comunitarias, como son los de publicidad y concurrencia, transparencia y no discriminación, por el hecho de estar en juego el ejercicio de funciones inherentes al Estado, así como el de competencia que refuerza los anteriores y permite una asignación eficiente de recursos beneficiosa para la economía¹⁰⁶.

A) *Cuestiones relevantes en la esfera de la transmisibilidad*

Si el contenido material de lo transferido por la Administración y recogido en el título administrativo es una esfera de actuaciones, lo que puede transmitirse entre particulares solamente es una esfera de actuaciones concreta recogida en un título concreto.

Una esfera de actuaciones proyectada en el orden real o en el de la actividad que supone una transferencia parcial comprendiendo una tasa limitada de facultades que en ningún caso alcanza la propiedad plena: dominio público y servicio público siguen siendo tales tras la consumación de la transferencia. Sin embargo, los títulos, además de la transmisión de su titularidad, admiten la constitución de derechos reales, de arrendamiento y de garantía¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Cfr. J. F. MESTRE DELGADO, *La extinción de la concesión de servicio público*, op. cit. p. 164.

¹⁰⁶ *Ibid.*, pp. 164 y 165.

¹⁰⁷ «Es cierto que, tradicionalmente, se viene reconociendo la posibilidad de operar una modificación subjetiva en el seno de la relación concesional, ya que, según se viene afirmando pacíficamente desde la tesis de J. Carayon, la concesión, como derecho que es, es susceptible de ser transmitida. Esta aptitud (de la misma manera que es apta para ser embragada o hipotecada, según ha estudiado Cano Tello y Martín Oviedo) no es equiparable a la libertad en la transmisión, porque, según conviene la doctrina y la legislación, se viene a “reconocer a la autoridad que ha dado la concesión el derecho de aprobar cualquier sustitución de un concesionario por otro, ya se trate de cesiones voluntarias o de cesiones forzosas”» (J. F. MESTRE DELGADO, *La extinción de la concesión de servicio público*, op. cit., p. 161).

a) *La constitución de la hipoteca, el embargo y la ejecución*

Un título que admite la constitución de una hipoteca admite la posibilidad del embargo y la ejecución. Habida cuenta que el titular del bien inmueble demanial o del servicio público es indiscutiblemente la Administración, lo hipotecable, embargable y ejecutable no puede ser algo que por su propia naturaleza es inalienable, imprescriptible e inembargable (art. 132.1 CE), esto es, ni el bien demanial ni el servicio público son hipotecables, puesto que no es posible su afectación como garantía de una obligación cuyo incumplimiento supondría que la facultad de disposición sobre los mismos la tendría un sujeto distinto de la Administración.

Si los bienes inmuebles demaniales no pueden quedar afectos a nada que no sea al uso general o al servicio público, lógicamente lo único que nos puede quedar afectable mediante hipoteca es el mismo título, que es un Derecho patrimonial en todo caso —exclusivo y excluyente si se trata formalmente de una concesión—¹⁰⁸ cuyo contenido no es otro que una esfera de actuaciones para explotar el demanio o el servicio público del cual se obtienen unos rendimientos¹⁰⁹ que serán con los que se salde una deuda, previo embargo, ejecución y cesión forzosa del título, afecta al título hipotecado.

Todo el proceso antes descrito aparece más claramente reflejado en los títulos de dominio público, puesto que en los de servicio, los principios de continuidad y regularidad hacen que el mismo título sea inembargable, siéndolo únicamente los rendimientos y posibles indemnizaciones¹¹⁰.

¹⁰⁸ «El carácter restringido de la hipoteca de las concesiones administrativas es el que más me interesa aquí marcar. La hipoteca —preciso es insistir— se establece sobre el derecho de concesión, no sobre los bienes en su caso concedidos. Por eso, su posible ejecución no versará sobre la enajenación de tales bienes afectos a la concesión, sino sobre los rendimientos que el concesionario obtenga con el disfrute o explotación de la concesión, a más de las indemnizaciones o precios que le puedan corresponder en caso de reversión anticipada o subasta de la misma» (J. M.^a MARTÍN OVIEDO, «Transferencia, hipoteca, embargo y ejecución en las concesiones administrativas», *op. cit.*, p. 319).

¹⁰⁹ Pienso que las conclusiones obtenidas en relación a la concesión de obra pública son extensibles a todo tipo de concesiones; son los rendimientos de la explotación del demanio o de la gestión del servicio público lo que finalmente se realiza en ejecución: «De ahí que —como señala Roca Sastre— la hipoteca sobre concesiones de obras públicas es una hipoteca especial, ya que, en el momento culminante en que la acción hipotecaria debe provocar la enajenación o realización de la cosa hipotecada, dicha acción se detiene y debe contraerse, en general, a los rendimientos líquidos de la empresa (concesionaria). Entonces, la hipoteca toma más bien el cariz de una hipoteca *ad fructus*» (J. M.^a MARTÍN OVIEDO, «Transferencia, hipoteca, embargo y ejecución en las concesiones administrativas», *op. cit.*, pp. 319 y 320).

¹¹⁰ Cfr. *ibid.*, pp. 334 y ss.

La hipoteca, como derecho de garantía, no produce una alteración en título concesional; sin embargo, sí otorga al acreedor una facultad de afectación del título que potencialmente puede producir el cambio de titularidad, por ello esta afectación voluntaria debiera requerir autorización administrativa¹¹¹. El embargo, como afectación involuntaria, produce la traba, en el caso de los demaniales, del título como derecho patrimonial afecto al pago de las deudas por el art. 1.911 del Código Civil; el hecho mismo del embargo no afecta a la titularidad, puesto que se trata de la interdicción de la facultad de disponer propia del titular del derecho; en las de servicio la traba del título debe tener como fin la retención de los rendimientos líquidos de la empresa concesionaria. La ejecución de la garantía hipotecaria puede suponer en las de dominio y mixtas la transmisión forzosa del título con sometimiento previo a autorización administrativa¹¹² y, en el caso de las de servicio, la ejecución se realiza sobre los rendimientos, indemnizaciones y lo producido en subastas realizadas por la Administración si ha habido declaración de caducidad¹¹³.

¹¹¹ Así lo enfoca el Consejo de Estado: «Ciertamente que la hipoteca de la concesión administrativa no confiere facultades de goce sobre los derechos hipotecados, pues la constitución de los derechos de hipoteca supone una mera afectación de los bienes y derechos sobre los que recae, pero en ninguno de los supuestos se opera una traslación o desplazamiento posesorio de aquéllos, y aun cuando para la Administración concedente pueda resultar indiferente la personalidad del acreedor hipotecario, e incluso la misma existencia de la hipoteca, lo cierto es que la constitución del derecho de garantía, en cuanto facultad de afectación de la concesión, implica una facultad de quien la lleva a cabo, y en la medida en que esa afectación puede suponer, de presente o de futuro, con certeza o como mera posibilidad, una variación en la titularidad patrimonial del bien o derecho afectados, esa facultad constituye una verdadera facultad de disposición. Y, en consecuencia, esa afectación, que no equivale a la enajenación del objeto afectado (antes bien, la excluye, siquiera inicialmente), requiere autorización administrativa, en forma análoga exigible para los actos de transmisión» (Dictamen del Consejo de Estado núm. 3375/2001, de 5 de diciembre de 2001, p. 16).

¹¹² «Menores dudas suscita la opción contemplada por el anteproyecto de someter a previa autorización administrativa de la transmisión forzosa que puede seguirse del trámite de ejecución de la garantía hipotecaria; esto es, la eventualidad de que el incumplimiento de las obligaciones garantizadas en virtud de la hipoteca depare la subsiguiente ejecución de tales garantías, con la consiguiente adjudicación de la concesión a favor de alguien ajeno por completo a la relación concesional, ya fuere éste acreedor hipotecario o un tercero» (Dictamen del Consejo de Estado núm. 3375/2001, de 5 de diciembre de 2001, p. 16).

¹¹³ Polarizando la atención en las concesiones de ferrocarriles y trayendo a colación la Ley de 12 de noviembre de 1869 y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que en su art. 1.448.1 declaraba inembargables los bienes afectos a la concesión en lo referente a sus materiales e instalaciones, y con extensión también a concesiones de canales y otras obras públicas, aplicable tanto a la ejecución ordinaria como consecuencia de un embargo como a las relativas al incumplimiento de obligaciones hipotecarias, el autor expresa: «Este procedimiento veda al órgano judicial la ejecución de la propia concesión y contrae

De lo observado se puede manifestar que la idea central de la transferencia funcional realizada desde la Administración y recogida en un título administrativo, expresivo de una esfera de actuaciones en favor del sujeto titular privado, le dota de unas facultades que, ingresando en su patrimonio, le permiten, entre otros negocios, constituir una hipoteca sobre el título —normalmente con la forma de concesión— en garantía de una deuda que puede estar necesariamente relacionada con el objeto de la concesión¹¹⁴ (o no, puesto que en todo caso, como bien patrimonial que es, el título difícilmente escapará del radio de acción del art. 1.911 CC por la vía del embargo), pero que en todo caso la misma naturaleza del título produce una modulación del negocio hipotecario y del mismo embargo por deudas, al penetrar en la esfera de lo administrativo. Con esto lo que queremos decir es que el título, cuyo contenido se materializa en una esfera de actuaciones —uso y aprovechamiento de demanio o actividades de gestión de servicio público—, produce una suerte de transformación en la garantía hipotecaria que se constituye sobre él.

Estas modulaciones son coherentes con la propia naturaleza y contenido del título, que no es otro que un derecho real administrativo, y así: el poder de afectación de la hipoteca no se puede proyectar sobre bienes demaniales ni afectos a un servicio público, por tanto, no se conceden al acreedor poderes directos e inmediatos sobre bienes inmuebles que no sean estrictamente privativos (fuera de la esfera de lo público que, aunque su titular los ponga al servicio del título administrativo por diversas razones, podrían servir como garantía por la mera voluntad de su titular); en una concesión de servicio público rigen los principios de regularidad y continuidad en los procesos de embargo y ejecución con las consecuen-

las garantías de los acreedores del concesionario a los rendimientos líquidos que obtenga éste y, caso de haberse declarado la caducidad de la concesión, a lo que produzcan las obras o bienes vendidos en pública subasta; subasta que, con arreglo a la Ley de Ferrocarriles, corresponde realizar a la Administración, quien entregará el importe de la misma a quien de derecho corresponda, siendo, pues, aquí donde jugará la retención de cantidades a favor de los acreedores embargantes. A ello habrá que añadir, en su caso —como ya decíamos a propósito de la hipoteca—, las indemnizaciones que puedan corresponder al concesionario en la eventualidad de un rescate de la concesión» (J. M.^a MARTÍN OVIEDO, «Transferencia, hipoteca, embargo y ejecución en las concesiones administrativas», *op. cit.*, pp. 335 y 336).

¹¹⁴ Como se afirma en el ya citado Dictamen de 2001 sobre concesiones de obras públicas: «Pero, aún más, si como prevé el anteproyecto la hipoteca sobre concesiones administrativas de obras públicas no puede constituirse en garantía de cualquier deuda, sino exclusivamente de aquellas que guarden relación con la concesión correspondiente que sirve, a mayor abundamiento, para justificar la necesidad de autorización administrativa previa» (Dictamen del Consejo de Estado núm. 3375/2001, de 5 de diciembre de 2001, p. 16).

cias antes mencionadas; por último, la transmisión del título requiere, en todo caso, autorización administrativa previa suponiendo un caso de cesión forzosa¹¹⁵.

En definitiva, las conclusiones, centrándonos en los problemas que atañen a la transmisión de los títulos por vía de ejecución judicial ordinaria y que dan lugar a cesiones forzosas, son similares a aquellos derivados de cesiones voluntarias entre los particulares y que afectan a los principios de publicidad y concurrencia que deberían presidir todo acto traslativo de la titularidad de los mismos. Si bien es cierto que la existencia de un proceso de subasta judicial permite publicitar el cambio de titularidad, no es menos cierto que es un contexto extraordinario, puesto que surge del incumplimiento de las obligaciones que directa o finalmente el deudor responde patrimonialmente con el título.

Por otro lado, el mero hecho de constituir una hipoteca sobre un título concesional hace que el acreedor hipotecario asuma una posición de privilegio respecto de la potencial adquisición de la titularidad, puesto que en caso de ejecución judicial de la hipoteca la transmisión, previa autorización administrativa, podría producirse en favor del acreedor por ser tal su condición, lo que no deja de ser una sutil vía de soslayar los mencionados principios y de modulación de los mecanismos propios de la hipoteca que traban las facultades dispositivas con el objetivo de liquidar una deuda vendiendo la cosa hipotecada y no adjudicándosela en pago¹¹⁶.

¹¹⁵ «El Consejo de Estado en su Dictamen de 4 de febrero de 1965 enfocó y resolvió en los siguientes términos la cuestión tocante a la ejecución judicial ordinaria de las concesiones administrativas: “Debe observarse, sin embargo, que los reparos que este evento pueda ofrecer no han de ser distintos de los que ofrecería el reconocimiento de que el particular puede transferir libremente, por sí, esa misma concesión, puesto que, en el caso de la adjudicación mediante subasta, el vendedor será quien deba otorgar la escritura pública a favor del comprador, si bien, cuando así no lo hiciere, será otorgada de oficio por el juez (art. 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), presumiéndose, pues, *iuris et de iure*, que el acto de disposición origen de la venta pública ha emanado del propio vendedor-ejecutado”» (Dictamen del Consejo de Estado núm. 3375/2001, de 5 de diciembre de 2001, p. 16). También en la misma y citando el mismo dictamen cfr. J. M.^a MARTÍN OVIEDO, «Transferencia, hipoteca, embargo y ejecución en las concesiones administrativas», *op. cit.*, pp. 330 y ss.

¹¹⁶ Parece razonable deducir la existencia de una posición privilegiada si nos atenemos al tenor literal del art. 256.2 del Texto Refundido de la Ley 2/2000, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE, núm. 148, de 21 de junio de 2000, p. 21775, vigente en virtud de la disposición derogatoria única de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público), en cuya virtud queda obligada la Administración a dar audiencia al acreedor hipotecario antes de resolver la concesión por incumplimiento de una obligación del concesionario por si aquél se ofreciera a subrogarse en su cumplimiento, siempre que la Administración lo considerara adecuado al buen fin concesional. Y lo mismo cabe decir del

b) *La transmisión velada en las personas jurídicas por modificación en la composición del accionariado*

En otro orden de cosas, la transmisión del título puede hacerse veladamente en el supuesto de que el concesionario sea una persona jurídica. Aquí ya no sólo entran en juego la ruptura de los principios de publicidad y concurrencia, sino también la propia autorización administrativa previa que puede ser soslayada, pudiendo dar lugar a un incumplimiento grave que provoque la caducidad de la concesión.

La cuestión está suficientemente tratada por la doctrina en sus aspectos principales¹¹⁷. El sujeto titular privado es una persona jurídica que cumple con los requisitos *intuitu personae* propuestos por la Administración en la adjudicación. De esta manera, el otorgamiento del título se realiza de acuerdo con unas características relacionadas con la infraestructura de la empresa, diseño de la explotación o gestión de la concesión, su musculatura financiera, experiencia en el sector e, incluso, la composición de su capital. El problema tratado surge cuando se modifica la composición del accionariado. Parece claro que la Administración está interesada en tener conocimiento de quién es el titular, por tanto, cualquier modificación en la composición accionarial no puede serle indiferente.

El punto de arranque de toda esta cuestión radica, por un lado, en la existencia de una titularidad formal, la que ostenta la sociedad concesionaria por ser una persona jurídica y que, en todo caso, no varía por el hecho de la existencia de cambios en su composición accionarial, cualesquiera que fuesen y en la proporción que se produzcan; por otro, lo que se podría llamar titularidad material, que la ostentarían los propietarios de las acciones en el momento de la adjudicación de la concesión. La composición accionarial, en su materialidad, forma parte de ese carácter *intuitu personae*. Las acciones, como es sabido, pueden ser propiedad de personas físicas o jurídicas.

Hay que distinguir, por otra parte, los supuestos en los que el objeto social sea únicamente el desarrollar el ejercicio de las funciones propias del título —ya sea de dominio o de servicio público— de aquellos otros en los

art. 257.2 de la misma en lo referente a la ejecución hipotecaria, puesto que el acreedor hipotecario podría resultar adjudicatario si la legislación sectorial no lo impidiese.

¹¹⁷ Para aspectos relacionados con la concesión de servicio público cfr. J. F. MESTRE DELGADO, *La extinción de la concesión de servicio público*, op. cit., pp. 173 y ss. En relación con las de dominio cfr. R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, *Las concesiones administrativas de dominio público*, op. cit., pp. 350 y ss.

que éste se incluye dentro de un ámbito de actividades que abarcan otras materias con diferentes finalidades, e incluso es preciso tener en cuenta la composición del capital con arreglo a qué porcentaje del mismo tiene funciones propias de inversión, puesto que no tiene capacidad de gestión ni de decisión por faltar el derecho al voto.

En lo que parece coincidir la doctrina es que cualquier variación en la composición material del accionariado no puede dar lugar al deber grave de solicitar la autorización administrativa previa para llevar a cabo la operación. En términos generales, nos encontraríamos ante una cesión del título cuando se transmite un porcentaje de la composición accionarial suficiente como para que el adquirente realmente tenga una posición real y efectiva de dominio sobre la empresa concesionaria. La realización del acto traslativo sin la correspondiente autorización administrativa previa podría dar lugar a la caducidad de la concesión¹¹⁸.

¹¹⁸ La cuestión tratada se encuentra recogida en el ya citado Dictamen del Consejo de Estado de 26 de junio de 1994 en relación a la caducidad de una concesión otorgada para la construcción y explotación de un puerto deportivo en el tramo de costa La Albufereta (Alicante) otorgada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 26 de octubre de 1979. La caducidad se declararía a causa del incumplimiento de condiciones por parte de la entidad concesionaria. En el citado Dictamen se dilucidaría varias cuestiones relativas a este asunto: la competencia para declarar, en su caso, la caducidad del puerto deportivo; la relativa a la de si «la transferencia de la titularidad de la totalidad de las acciones de la entidad concesionaria comporta la transmisión de la concesión, y, por último, si dicha transmisión es motivo bastante para declarar la caducidad de la concesión».

Son las dos últimas cuestiones las que nos interesan en orden al estudio que realizamos. En el Dictamen la cuestión se centra en el grado de personalización de la concesión administrativa en relación a conocer el grado de libertad con que cuenta el titular de la misma. Así, tradicionalmente se ha reconocido una nítida separación en materia de transferencias concesionales que se ha ido empañando progresivamente. La libre transmisibilidad de las demaniales basada en el art. 103 de la Ley de Obras Públicas de 1877 se ha ido restringiendo por la «sucesiva atracción de la disciplina jurídica de la concesión de dominio público por la de servicio público, bien mediante la imbricación de caracteres propios de una y otra en concesiones mixtas, bien mediante la acentuación del carácter personalista de la concesión de dominio público. En el caso de concesiones mixtas, el carácter personalista aparece especialmente acusado».

A continuación se considera a las concesiones de puertos deportivos como mixtas de dominio y servicio, según la legislación aplicable que, «junto a criterios claramente demaniales», nos remite a la Ley de Contratos del Estado (1965) vigente en ese momento a su art. 15.5 con la «consecuencia determinante a los efectos de la presente consulta, a saber: la importancia de la identidad del concesionario. A la Administración no le es indiferente quién es el titular de la concesión y las condiciones en que explota el puerto deportivo». Citando a continuación la cláusula 14.^a del pliego de otorgamiento en donde se expresa la necesidad de autorización administrativa previa para permitir la transferencia de la concesión.

La clave del Dictamen se produce al analizar los dos elementos en los que se sustenta la argumentación: así, por un lado, la acentuación del elemento subjetivo de la concesión hace

Finalmente, los problemas en lo referente al respeto a los principios de publicidad y concurrencia se vuelven a repetir, y en esta ocasión magnificados, puesto que los cambios en la titularidad de las acciones pueden suponer transmisiones fraudulentas y las que lo hacen lícitamente adolecen de los mismos defectos anteriormente mencionados de ruptura de los citados principios que, como repetidamente se ha defendido a lo largo de este trabajo, deberían regir todos los procesos de transmisión de la titularidad de cualquier título administrativo, habida cuenta que es el interés público el que lo fundamenta y da sentido, con independencia, incluso, de la intensidad con la que el elemento subjetivo lo caracterice.

Con estos ejemplos se quiere resaltar que la subrogación en la posición de la Administración que supone la titularidad cuando es adquirida por cesión entre particulares, tanto voluntaria como forzosa, se realiza siempre mediante un acto traslativo que soslaya todo principio público de publi-

que a la Administración no le sea indiferente quién es el titular de la concesión y, por otro, si la transmisión de la titularidad de todas las acciones comporta la transmisión de la concesión. De esta forma se llega en el Dictamen a la consideración de la titularidad de la concesión a efectos de quiénes son los propietarios de las acciones por encima de la formalidad de su atribución a una persona jurídica. Esto nos conduce a que no se puede apelar al mito de la personalidad jurídica como elemento encubridor de situaciones fraudulentas. La concesión se concede a unos concretos propietarios de acciones y no a un conjunto abstracto de partes alícuotas. «Es preciso, traspasando los conceptos abstractos y las formas jurídicas, investigar el fondo de las situaciones».

Finalmente se concluye que la transferencia de todas las acciones supone sustitución del concesionario, «pues la sociedad es simple reflejo de la actuación, intereses y solvencia de quienes son sus socios; se da una transmisión real de la condición de concesionario; de ahí que deba considerarse que tal supuesto precisa de la autorización administrativa establecida para tal caso, pues la Administración necesita saber quién es el concesionario real y cuáles son sus garantías».

La Administración ha decidido apoyarse en un particular para el ejercicio de unas funciones públicas, para ello ha transferido unas facultades que se expresan en un título que habilita a una persona concreta a llevar a cabo, en estrecha colaboración con la Administración, las mencionadas funciones. La elección del sujeto titular, en el caso de que el concesionario sea una persona jurídica, implica conocer la propiedad que se oculta tras el anonimato accionario, puesto que el conocimiento de los concretos titulares de las acciones es lo que, en la medida que corresponda, determinará el otorgamiento del título.

Finalmente, amparándose en la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo y en el art. 137.4 del Reglamento de Costas, que preceptúa la necesaria autorización administrativa para cualquier cambio de titularidad de las acciones o participaciones en porcentaje igual o superior al 50 por 100 respecto del tiempo de otorgamiento del título concesional, declara la procedencia de declarar la caducidad de la concesión.

Por último, es un ejemplo especialmente significativo de la personalización como técnica de protección de los intereses públicos que cala en los ámbitos demaniales a medida que el uso y aprovechamiento de los mismos adquiere la relevancia necesaria para restringir cuanto sea preciso la transmisibilidad concesional. Cfr. Dictamen del Consejo de Estado 998/1994, de 26 de junio de 1994.

dad y concurrencia fruto de una patrimonialización que llega a mercantilizar una realidad que ni en su génesis ni en su desarrollo ha producido una metamorfosis tal, puesto que la presencia de los intereses generales, concretamente expresados en el título, no desaparecen en ningún momento, como lo demuestra el hecho de las potestades que, como el rescate, conserva la Administración¹¹⁹.

IV. CONCLUSIONES AL ESTUDIO TEÓRICO

La primera conclusión que se extrae ha sido expresada a lo largo de este trabajo y sirve de hipótesis para el resto de lo que concluamos.

1. La Administración materialmente transfiere una esfera de actuaciones originariamente administrativa que, recogida en un título administrativo, otorga a un particular con el fin de que éste ejerza unas funciones públicas.

2. La esfera de actuaciones transferida se proyecta sobre el orden real —con los fines de uso y aprovechamiento de bienes demaniales— o sobre el orden de la actividad y la gestión —con los fines propios de aquellos servicios que en la conciencia social se tienen por públicos—.

3. La esfera funcional transferida al particular comprende una tasa limitada de facultades que no comprende en ningún caso la propiedad plena, de tal suerte que la Administración retiene para sí la titularidad del dominio público y del servicio público manteniendo en la situación facultades de imperio.

4. La transferencia de la Administración al particular es una cesión de gestión y no de poder. Esto es lo que permite la patrimonialización del título.

5. El título es, en todo caso, un derecho¹²⁰ de naturaleza administrativa que ingresa en el patrimonio de su titular privado dotándole de unas

¹¹⁹ «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, comprende una tasa limitada de facultades y en modo alguno una propiedad plena, pues dominio y servicio público siguen siendo tales tras la concesión, y, por ende, referibles a la Administración, que en algún sentido, por el hecho simple de esta titularidad constante e inderogable, mantiene en la situación facultades de imperio (Consulta núm. 6683, de 14 de noviembre de 1950)» (J. L. VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones administrativas», *op. cit.*, p. 700).

¹²⁰ En esto me inclino por la asunción de la tesis de Villar Palasí que en lo único que diferencia a autorizaciones y concesiones es que las segundas son exclusivas y excluyentes,

facultades que le permiten, a su vez, transmitir restringidamente su titularidad y constituir sobre éste derechos de diversa naturaleza, aunque puedan experimentar modulaciones, como el caso de la hipoteca ya comentada, al entrar en la esfera administrativa. Tanto el titular originario como el derivativo ocupan una posición jurídica propia del que se subroga al Estado en las funciones transferidas.

6. El interés público, subyacente al título, es el que da sentido y forma, situándose como centro de gravedad.

7. El carácter *intuitu personae* no pertenece a la esencia dogmática del título, sino que está funcionalmente considerado a la tutela del interés público, de ahí que su presencia sea tanto más intensa cuanto más prevalezca el interés público —incluso hasta hacer intransmisible el título— que se quiere tutelar desde la Administración. Y esto con independencia del orden real o de actividad y gestión en donde la esfera de actuaciones se proyecte, pues las diferencias han ido progresivamente desapareciendo.

8. Los títulos se otorgan originariamente por parte de la Administración por medio de procedimientos de naturaleza pública inspirados por principios de publicidad y concurrencia, sin embargo, una vez patrimonializados su transmisión derivativa se realiza privadamente ignorando todos los principio susodichos, lo que le hace adolecer de un cierto carácter de adjudicación directa, puesto que el interés público no sólo no desaparece, sino que es el sustento del título en su otorgamiento y desarrollo.

9. En definitiva, es esa esfera de actuaciones originariamente administrativa lo que es materialmente transmisible, voluntaria o forzosamente (total o parcialmente), constituyendo un conjunto de comportamientos posibles en el orden de lo público, real o de gestión, en el ejercicio de unas funciones públicas indirectamente gestionadas por un particular que tienen un valor patrimonial en tanto en cuanto han sido otorgadas a un titular con exclusión de los demás sujetos.

lo cual es una diferencia puramente formal que no implica la inexistencia de autorizaciones que materialmente son concesiones y concesiones que operan sobre sectores materialmente publicados como ya hemos probado. El hecho, por tanto, de que algunos derechos sean materialmente (y, a veces, formalmente) exclusivos y excluyentes no es óbice para que los que no lo sean dejen de ser derechos.

V. ALGUNAS OBSERVACIONES POR SECTORES

1. Minas

A) *Condiciones para ser titular*

La regulación de los recursos mineros se encuentra en la Ley de Minas 22/1973, de 21 de julio, junto a la Ley 54/1980, de 5 de noviembre, que modifica la anterior.

En esta Ley se regula el aprovechamiento de los recursos por secciones y las condiciones para ser titular de los derechos vienen recogidas en el Título VIII de la misma. En el art. 89 se expresa que podrán ser titulares de derechos mineros las personas físicas o jurídicas nacionales o extranjeras, estableciendo de esta manera la regla general para luego ir perfilando la importancia del elemento subjetivo en la medida que se hace prevalecer el interés público.

Así, en el mismo artículo se remite con carácter general, en lo referente a las inversiones extranjeras, a lo dispuesto en la Ley reguladora de las mismas, y por otro lado, cuando se trate de minerales de interés estratégico, a las actividades directamente relacionadas con la defensa nacional.

Por otro lado, el amplio espacio a la patrimonialidad, casi fundiaria, con que se afronta la situación de la posible titularidad del art. 89, prácticamente universal, comienza a modularse en sucesivos artículos. Así, en el art. 90, los Estados o gobiernos extranjeros sólo podrán adquirir derechos mineros de forma directa o indirecta y efectuar inversiones de capital previa autorización del gobierno español, lo que supone una caracterización *intuitu personae* no desdeñable ni por el sector ni por el órgano autorizante. Se salvan, en este punto, las participaciones en sociedades españolas de la Corporación Financiera Internacional. El interés público nacional, al contar con la presencia de Estados o gobiernos extranjeros en un ámbito importante, obliga la restricción de la libertad originaria o derivativa.

El art. 91 supone una intensificación notable en la caracterización *intuitu personae*, puesto que especifica, por sus características de nacionalidad, a quién se puede otorgar derechos mineros en materias primas minerales de interés estratégico y éstos sólo pueden otorgarse a españoles: tanto personas físicas como jurídicas, ya que el capital de las últimas ha de ser íntegramente español. Esta caracterización, entiendo al ser *ex lege*, restringe la

libertad de transmisión derivativa a españoles únicamente. La regla general ha sido considerablemente modulada en razón del interés nacional subyacente al título tutelado intensamente desde el elemento subjetivo.

El art. 91.2 profundiza en el poder interventor de la Administración al establecer unas obligaciones a las empresas nacionales o extranjeras, que serán establecidas reglamentariamente, de suministro al Estado cuando, como consecuencia de ser titulares de concesiones mineras de materias primas minerales, éstas fueran declaradas de interés estratégico. Esto, a su vez, nos sirve para plantearnos que, si bien los derechos otorgados a empresas extranjeras no los pierden por el hecho de que explotasen minerales que, tras la concesión, fuesen declarados de interés estratégico, en virtud del art. 91.1 la transmisibilidad de los mismos se reduciría a aquellos sujetos que reuniesen las características de españolidad requeridas en el susodicho desde el momento de la declaración de materias primas de interés estratégico realizada por el consejo de ministros según el ya mencionado art. 91.1, segundo párrafo.

El art. 93 establece, finalmente, unos requisitos de naturaleza personal a todas aquellas empresas que ejerzan actividades reguladas por la Ley de Minas y que hacen referencia a la nacionalidad de los empleados como criterio discriminador. Así, en cuanto al número de empleados, el total de los contratados no españoles no podrá superar el 20 por 100, el de técnicos titulados de nacionalidad extranjera, fijos o temporales, deberá ser siempre inferior al de trabajadores españoles en funciones análogas.

En definitiva, se han ido caracterizando los títulos en este sector desde unas posibilidades, como regla general, universales desde el punto de vista de los sujetos titulares de los mismos; para ir tutelándose el interés público por medio del elemento subjetivo de la españolidad que regula los ámbitos estratégicos, puesto que es requisito para ser titular de derechos mineros, y como presencia mayoritaria en todas las empresas que ejerzan actividades reguladas en esta Ley.

B) *Transmisión de derechos mineros*

El Título IX regula la transmisión de derechos mineros. El art. 94.1 hace referencia a la posibilidad de transmisión, arrendamiento y gravamen de los derechos que otorga una autorización de recursos o aprovechamiento de los títulos de las Secciones A y B. Estos derechos podrán negociarse en todo o en parte, dentro de las posibilidades mencionadas, por cualquier

medio admitido en Derecho. La transmisión sólo podrá hacerse a los sujetos que reúnan las condiciones establecidas en el Título VIII.

Es, por tanto, una libertad de transmisión restringida, tamizada por el carácter *intuitu personae* que desdibuja los perfiles diferenciadores de los sectores de dominio público y servicio público, asimilándose los primeros a los segundos al utilizarse el elemento subjetivo como técnica tuteladora de intereses públicos. En un ámbito demanial, como tradicionalmente ha sido y como explícitamente viene recogido en el art. 2: «Todos los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos existentes en el territorio nacional, mar territorial y plataforma continental, son bienes de dominio público cuya investigación y aprovechamiento el Estado podrá asumir directamente o ceder en la forma y condiciones que se establecen en la presente Ley y disposiciones vigentes en cada caso», es especialmente significativo la evolución desde la libre transmisibilidad del siglo XIX, que empieza a rectificarse en las Leyes de Minas de 1938 y 1944, hasta la libertad restringida fundamentada en la tutela de intereses nacionales por medio de la caracterización personal, basada en la españolidad de los diferentes elementos que inciden en la caracterización de las condiciones para ser titular.

El art. 94.2 y siguientes hace referencia a las habituales técnicas de transmisibilidad de títulos administrativos basadas en la necesidad de autorizaciones administrativas. El proceso, en relación a las autorizaciones del punto primero del mencionado artículo, comienza con la oportuna aprobación que debe solicitarse a la Delegación Provincial del Ministerio de Industria, donde se acompaña el proyecto de contrato a celebrar o el título de transmisión correspondiente junto con los documentos acreditativos de que el adquirente reúne las condiciones legales mencionadas. El organismo otorgante, comprobada la personalidad suficiente del cesionario, concederá «en su caso» —con cierto espacio a la discrecionalidad habida cuenta de la expresión utilizada— la autorización. Esta autorización hace que la Administración lo considere como parte en la relación administrativa, puesto que le sitúa como «titular legal a todos los efectos» siempre (en este caso son requisitos objetivos que hacen reglada la autorización en este tramo) que presente el documento público o privado correspondiente y se acredite el pago del impuesto procedente.

Hay un cierto juego dejado a la apreciatividad del organismo en lo referente a la expresión «personalidad suficiente» que permite a la Administración tener un espacio discrecional en la constatación de que se cumple el carácter *intuitu personae* adecuadamente. Una vez superado el tramo

personal de la autorización, la documentación finalmente requerida actúa integrándola como presupuestos en un tramo objetivo.

Lo interesante es observar como el elemento subjetivo se utiliza instrumentalmente para la tutela de un sector con gran relevancia en lo referente a los intereses nacionales. Sin embargo, sería deseable que se procurara evitar espacios excesivos a la ambigüedad; la intensificación del carácter *intuitu personae* no debe derivarnos al enturbiamiento o la confusión.

En el resto del título se pueden observar diferentes procedimientos, pero que esencialmente responden al esquema descrito de autorización administrativa previa. Los permisos de explotación del art. 95 responden a una intensa presencia del elemento subjetivo, puesto que a comprobación de personalidad legal suficiente del adquirente se añaden los típicos del servicio público, a saber: solvencia técnica y económica, y la viabilidad del programa de financiación. Por último, se exige la documentación necesaria para la inscripción del cambio de dominio que da un sesgo objetivo a la autorización: escritura pública y acreditación de pago del impuesto correspondiente.

El órgano administrativo concedente denota el mayor peso específico del título de exploración o investigación: la Delegación Provincial o la Dirección General de Minas.

Las conclusiones que podemos obtener es que en este sector los intereses públicos están intensamente tutelados por la presencia de títulos con caracterizaciones *intuitu personae*, lo que aproxima a un sector demanial a las técnicas del servicio público. Tanto las medidas interventoras en orden al aseguramiento de niveles de producción del Título VIII en materias primas de interés estratégico, como las personales que impregnan con mayor o menor intensidad todos los espacios atributivos de derechos mineros regulados por la Ley, denotan una clara personalización de un sector en el que la libertad de transmisión se restringe en la medida que al Estado le interesa que su colaboración con particulares se estreche.

Los procedimientos de transmisión entre particulares de los títulos administrativos mineros no contemplan ningún procedimiento público de publicidad y concurrencia, limitándose la intervención de la Administración a la concesión de las autorizaciones previa comprobación del cumplimiento de requisitos establecidos en la Ley de Minas.

2. Hidrocarburos

A) *Condiciones para ser titular*

La ley de aplicación en este sector es la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, que deroga la anterior Ley de Investigación y Explotación de los Hidrocarburos (Ley 21/1974, de 27 de junio) y que ha sido modificada por la Ley 12/2007, de 2 de julio, para transponer la Directiva 2003/55/CE del Parlamento y del Consejo, de 26 de junio de 2003, que impone la separación entre las actividades de transporte, distribución, regasificación o almacenamiento, de las actividades de producción o suministro de gas natural.

Dentro del Título II, dedicado a la exploración, investigación y explotación de Hidrocarburos, en el Capítulo I, de las disposiciones generales, en el art. 8, referido a los titulares, en su punto primero se expresa que las personas jurídicas, públicas o privadas, podrán realizar cualquiera de las actividades referidas al Título II. Esto se podrá hacer mediante la obtención de las correspondientes autorizaciones, permisos y concesiones.

Estos títulos, sigue diciendo el mencionado artículo, serán otorgados de acuerdo con los principios de objetividad, transparencia y no discriminación. Esta Ley se hace claramente eco de los valores comunitarios que recogen específicamente este artículo.

A continuación se hace referencia a la caracterización necesaria que deben cumplir los titulares de los permisos de investigación y los de las concesiones de explotación, dejando muy claro que «sólo podrán ser otorgados» a sociedades mercantiles —lo que supone una restricción en el otorgamiento y futura transmisión, puesto que el universo de personas jurídicas públicas o privadas adquiere la morfología propia de una sociedad mercantil—. Estas sociedades mercantiles deben cumplir con unos típicos requisitos *intuitu personae* de servicio público: han de acreditar solvencia técnica y financiera. Estos dos requisitos que personalizan las sociedades mercantiles son para alcanzar los fines propios que regula la Ley: llevar a cabo las operaciones de investigación y, en su caso, de explotación de las áreas solicitadas.

En el párrafo siguiente se sigue caracterizando a la sociedad mercantil con un claro propósito tutelador del interés público en la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos. Así, a los requisitos de ser una sociedad mercantil, pública o privada, con acreditada capacidad técnica

ca y financiera para llevar a cabo actividades de exploración y explotación, llegado el caso, de la áreas solicitadas que dan una esfera material de capacidades, se deben unir los formales derivados de incluir en su objeto social la realización de actividades de exploración, investigación y explotación de hidrocarburos o de almacenamientos subterráneos. Esto último supone un control administrativo paralelo al ya establecido en la propia Ley, puesto que supone que, o bien ya se ha realizado previamente a la solicitud del título y, por tanto, la Administración ya intervino, o bien lo realiza como requisito formal ineludible más allá de las capacidades materiales demostradas o demostrables por la empresa.

Hasta aquí los requisitos exigibles a las sociedades mercantiles que aspiren a alcanzar la titularidad de autorizaciones, permisos y concesiones. La caracterización *intuitu personae* hace hincapié en dos ámbitos. El primero es formal, esto es, sociedades mercantiles con un objeto social que debe incluir las actividades de exploración, investigación o explotación y almacenamiento mencionados con anterioridad. El segundo es material, en lo referente a las capacidades técnicas y financieras que se deben acreditar en orden a la previsible buena marcha de las actividades. El art. 8.3 desvela que la titularidad puede ser compartida al mencionarla para hacer referencia a la necesidad de designar un operador que actúa como representante en las relaciones con la Administración.

Las diferencias con los requisitos de la Ley de Minas son notables, pero quizás el más perceptible es la total ausencia de requisitos de nacionalidad. Es una Ley que cumple, al menos en el otorgamiento del título desde la Administración, los requisitos comunitarios referentes a las libertades de establecimiento, mercancías y prestación de servicios. La abstracción de las capacidades que deben acreditar los aspirantes al otorgamiento son perfectamente asumibles por todos las que las demuestren, siendo el perfil subjetivo puramente técnico propuesto con el fin de alcanzar cotas óptimas de explotación. Parece claro que el interés público se ha tutelado subjetivamente de modo bien diverso a como se hace en la Ley de Minas. Sin embargo, la mayor objetividad en los requisitos exigidos en esta Ley de Hidrocarburos no deja por ello de ser una evolución clara de los ámbitos demaniales en lo referente a la presencia de los intereses generales en la correcta explotación de los mismos que incluso influye en el intento de profesionalizar al sujeto titular que únicamente puede ser una sociedad mercantil.

En definitiva, son un conjunto de requisitos objetivos cuya finalidad no es otra que la de asegurar el correcto funcionamiento de un sector en cuyas

actividades subyace el interés público de optimizar la explotación de bienes demaniales de considerable importancia para los intereses generales.

B) *Transmisibilidad de permisos de investigación y concesiones de explotación*

El art. 11, coherentemente con el planteamiento de criterios formales y objetivos, expresa que la transmisión de los títulos en todas sus formas, así como los convenios de colaboración, requerirá de una autorización de la Administración competente previa acreditación de los requisitos exigidos para ser titular. Estamos ante una autorización que reduce considerablemente los márgenes de discrecionalidad de la Administración, puesto que tratándose de sociedades mercantiles que cumplan formal y materialmente los requisitos del art. 8 acreditándolo objetivamente, difícilmente es denegable la transmisión. Requisitos como solvencia técnica y financiera, cumplimiento del objeto social, nos acercan a una autorización de carácter reglado.

Por último, las transmisiones derivativas entre particulares tampoco en este caso están sometidas a ningún procedimiento público de publicidad y concurrencia.

3. Audiovisuales

La ley que regula el sector audiovisual es la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. Ley, por tanto, de recientísima aprobación con la que se pretende articular una reforma del sector, dotándolo de una normativa acorde con los tiempos, tal y como se expresa en el preámbulo de la misma.

La irrupción de la tecnología digital ha venido a dar al traste con un modelo analógico que estaba condicionado por la escasez de espectro radioeléctrico que condicionaba una oferta pública y privada reducida con un modelo de explotación asentado, pero difícilmente sostenible comercialmente.

Todo esto queda desplazado por la tecnología digital, que plantea un modelo exponencial de señales de radio y televisión gracias a la capacidad de compresión de la señal que se incrementa aumentando la calidad de la señal audiovisual. Este modelo permite un aumento del acceso a los

medios audiovisuales, aumentando las audiencias, dispersándose e irrumpiendo Internet como competidora de contenidos.

Los países más avanzados, así como la propia Unión Europea, han entendido la necesidad de adaptar la normativa a los nuevos tiempos tecnológicos con el propósito de despejar incertidumbres y dar seguridad a las empresas a la par que se protege al ciudadano de posiciones dominantes o de restricción de acceso a contenidos universales de gran interés o valor.

La Unión Europea, a través de Directivas, ha pretendido configurar un régimen básico común que garantice el pluralismo y los derechos de los consumidores. Dichas Directivas deben transponerse obligatoriamente a la legislación española. Una de las funciones de esta Ley es precisamente la transposición de la Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, de Servicios de Comunicación Audiovisual.

Sin embargo, ése no es el único objetivo de la Ley. Las pretensiones de la Ley General de la Comunicación Audiovisual vienen a ser las propias de un norma que, partiendo de un corpus normativo actualmente disperso, incompleto, a veces desfasado y obsoleto, compendie la normativa vigente aún válida, actualice aspectos que han ido experimentando modificaciones de importancia y regule las nuevas situaciones carentes de marco legal.

Por tanto, los objetivos múltiples de la Ley intentan aunarse en dar seguridad jurídica a la industria, posibilitar la creación de grupos empresariales audiovisuales con capacidad de competir en el mercado europeo y de permitir la apertura regulada de nuevos modelos de negocio como la TDT de pago, la alta definición y la TV en movilidad. Todo esto insertándolo en un marco que garantice el pluralismo y la protección de los derechos de los ciudadanos, a la par que se fijan unas reglas de transparencia y competencia claras en un contexto de convivencia del sector público con el privado y de liberalización de la actividad audiovisual.

El Título III, que por lo que al objeto de este trabajo se refiere es el que más nos puede interesar, parte del principio de libertad de empresa, estableciendo un régimen jurídico básico para la prestación de un servicio audiovisual. De tal manera que se diferencian los servicios que, por estar su segmento liberalizado, sólo precisan de comunicación previa de aquellos otros que, por ocupar espacio radioeléctrico público a través de ondas hertzianas y tener capacidad limitada, necesitan licencia previa que se otorga en concurso público regulado en esta misma Ley.

Los principios de titularidad europea y reciprocidad presiden este régimen jurídico incorporándose a la legislación española en este sector. Las

licencias, con el objetivo de reforzar su seguridad, se amplían a quince años, estando en la actualidad en los diez; se establece la renovación automática si se cumplen determinados requisitos, y se reconoce la posibilidad de arrendar o ceder licencias en determinadas condiciones.

Por último, se reconoce el derecho a poseer participaciones significativas en varios prestadores de servicios estatales de comunicación, pero se limita ese derecho si en el momento de fusión o compra de acciones se acumula más del 27 por 100 de la audiencia.

A) *Condiciones para ser titular*

Estamos en el contexto de un servicio público donde el interés público prevalece no sólo en el otorgamiento, sino en el disfrute o ejercicio de la licencia. El art. 22 de la Ley regula el régimen jurídico de los servicios de comunicación audiovisual de interés general. Así, el punto 22.1 califica como de interés general los servicios de comunicación audiovisual radiofónicos, televisivos y conexos e interactivos que se prestan en el ejercicio del derecho de libre expresión de ideas, del derecho a comunicar y recibir información, participación en la vida política y social, libertad de empresa y fomento de la igualdad, pluralidad y valores democráticos.

Los que requieren licencia previa otorgada en concurso por la autoridad competente son los que se presten mediante ondas hertzianas terrestres. Es al gobierno, sin perjuicio de la participación de las Comunidades Autónomas, a quien corresponde la competencia para el otorgamiento de las licencias y quien debe establecer los mecanismos de colaboración y de cooperación que asegure la participación de las Comunidades Autónomas en la planificación de licencias audiovisuales de ámbito estatal.

El art. 24 versa sobre el régimen jurídico de las licencias audiovisuales. La licencia actúa como marco jurídico que concreta diversos aspectos, a saber: cobertura territorial de la emisión, número de canales y el múltiplex asignado, que puede ser en abierto o en acceso condicional mediante pago; su adjudicación conlleva la concesión de uso privativo del dominio público radioeléctrico de conformidad con la planificación establecida por el Estado, lo que impide que las mejoras tecnológicas en cuya virtud se permita un mayor aprovechamiento del dominio público audiovisual habiliten para rebasar el marco de condiciones establecidas en la licencia.

Los arts. 25 y 26 modulan el elemento subjetivo del titular y las limitaciones por razones de orden público audiovisual. Así, en el art. 25 se

expresan los requisitos necesarios para ser titular de una licencia. En cuanto a la nacionalidad del titular, se requiere que la tenga de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo o que, en aplicación del principio de reciprocidad, la tenga de un Estado que reconozca este derecho, en su normativa, a los ciudadanos españoles. Esto que hace referencia a las personas físicas se extiende a las jurídicas, pues se obliga a las mismas a tener el domicilio en el mismo espacio europeo o que se apliquen los principios de reciprocidad en caso de no ser así.

Además, estos requisitos que consideran el elemento subjetivo se intensifican en el área de la participación en el capital social. En el caso de personas jurídicas, la participación en su capital social de personas físicas o jurídicas ajenas en su nacionalidad al espacio europeo podrá ser posible si se cumple el principio de reciprocidad. Las limitaciones no quedan ahí porque, por un lado, un nacional ajeno al espacio europeo considerado no podrá rebasar el 25 por 100 del capital social ni directa ni indirectamente, y por otro lado, las diversas personas físicas o jurídicas nacionales ajenas al espacio europeo considerado sólo podrán detentar un total de participaciones que deberá ser inferior al 50 por 100 del capital social.

Es un hecho que el carácter *intuitu personae* en su manifestación de nacional de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo se utiliza instrumentalmente con el propósito de blindar un sector de importancia enorme para el legislador por ser tocante a la formación del estado de opinión de un cuerpo social. El interés general se tutela con la exclusión subjetiva más allá de cualquier consideración técnica, financiera y económica. Se buscan poderosos grupos audiovisuales que compitan en el espacio europeo, pero se discrimina en función de su nacionalidad como elemento subjetivo imposible de abstraer más allá de tenerlo o no.

Las concomitancias con la Ley de Minas en este punto son claras: por encima de la solvencia técnica o financiera se persigue un espacio de gestión indirecta, por los importantes intereses en juego, que cumpla con unos concretos requisitos subjetivos de creación de un espacio, nacional-europeo en este caso, y para eso el Estado diseña «a capricho» el marco jurídico —la licencia— de colaboración público-privada.

B) *Negocios jurídicos sobre licencias de comunicación audiovisual*

El art. 29 regula la celebración de negocios jurídicos cuyo objeto sea una licencia de comunicación audiovisual. Todos ellos están sometidos al

requisito de la autorización previa de la autoridad audiovisual competente y al pago de una tasa que determinará el gobierno, en el caso de licencias estatales, o las Comunidades Autónomas, en el resto de los supuestos. Se diseña aparentemente una autorización de carácter reglado: sólo se denegará en el caso de no acreditar por parte del solicitante el cumplimiento de todas las condiciones legalmente establecidas para su obtención o por no subrogarse en las obligaciones del anterior titular. En este punto no se hace distinción y hay que entender que son todas las dimanantes del ejercicio de la licencia.

Además, para el arrendamiento y transmisión se especifican una serie de requisitos que se entiende hay que añadir a los de otorgamiento.

Ahora bien, además del transcurso de dos años desde la adjudicación de la licencia, de la aplicación del principio de reciprocidad para nacionales ajenos al espacio europeo sobradamente mencionado y el pago de una tasa devengada a esos nacionales, hay que resaltar la introducción de una cláusula que desmonta, aunque sea de forma excepcional, la exigencia del principio de reciprocidad. Y es que, por razones de interés general, ese tipo de nacionales ajenos al espacio europeo considerado podrían convertirse en titulares o arrendatarios de una licencia en atención a lo dispuesto en tratados y convenios de los que España sea parte y previo informe favorable de la autoridad competente y con la autorización excepcional del órgano administrativo competente: consejo de ministros u órgano competente de la Comunidad Autónoma.

Todo esto significa que toda la rigidez estudiada en orden al otorgamiento de las licencias se dulcifica a través de un proceso que proporciona un amplio poder discrecional a la Administración en el escenario de una transmisión o un arrendamiento, poniendo en manos administrativas el poder de soslayar los rígidos requisitos legales. Lo que no es otra cosa que una modulación velada de los elementos subjetivos.

Finalmente, se vuelve a constatar también la inexistencia de un procedimiento público de publicidad y concurrencia en este sector.

VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

1. En relación con los sectores estudiados

Los sectores estudiados vienen a ratificar la utilización instrumental de los elementos subjetivos que a modo de filtro y con un diseño a convenien-

cia tutelan los intereses públicos con mayor o menor intensidad según el legislador considere en cada ámbito.

La presencia del requisito de nacionalidad como discriminador, muy por encima de los técnicos, económicos y financieros, demuestra que el legislador aborda sectores que le son especialmente sensibles, pues diseña espacios geográficos donde quiere una colaboración estrecha con los particulares a la par que defiende intereses nacionales y otros no tan sencillos de desvelar. Pero, en todo caso, parece demostrado que un elemento tan específico como la nacionalidad es una técnica tan caracterizadora del elemento subjetivo como discriminatoria de libertades y competencia.

Otro aspecto que conviene resaltar es la notable diferencia que se aprecia en los regímenes de adjudicación y de transmisión de los títulos que, en ocasiones, parece que nos sitúan ante la regulación de realidades diferentes.

Por último, la reiterada ausencia de principios públicos de publicidad en los procesos de transmisión entre particulares podría justificarse en que la transferencia funcional de la esfera de actuaciones hace tan claro para el legislador que lo que se patrimonializa es una tasa limitada de facultades que se traducen en unas posibilidades de actuar sobre sectores públicos que su privatización se hace indiscutible. Por tanto, es suficiente con un control administrativo que verifique que el cesionario cumplirá lo establecido en el título.

Sería la propia naturaleza de esa esfera lo que haría imposible la inmisión del Estado en un ámbito netamente privado. Al ser una cesión de gestión, son las actividades materiales con las que se negocia, puesto que el título es inalterable.

La naturaleza pública que da vida al derecho es lo que hace plantearse que la transmisión del mismo debe hacerse, en todo caso, en condiciones públicas para todos, para que así concurriesen todos los interesados.

2. En relación al problema de transparencia de las transmisiones derivativas: una posible solución técnico-jurídica

Los títulos administrativos tienen la consideración de un derecho administrativo que surge de una transferencia funcional desde la Administración al titular privado. Éste, subrogándose en la posición de la Administración, ejerce privadamente funciones públicas para alcanzar fines determinados. La abstracción de los requisitos subjetivos de adjudicación hace que a la Administración le sea indiferente el titular concreto de los títu-

los siempre que los cumpla. Esto nos permite diseñar un procedimiento público que nos permita crear espacios sectoriales en donde la titularidad de los títulos administrativos pueda ser transmitida libremente cumpliendo simultáneamente con los requisitos necesarios para adquirir la titularidad, así como con los principios de publicidad y concurrencia en todas las adquisiciones tanto originarias como derivadas.

Todo lo anterior puede llevarnos a la configuración de mercados sectoriales de títulos administrativos en donde, partiendo de concursos públicos de adjudicación, las sucesivas transmisiones entre particulares se realicen a través de un registro administrativo de transmisiones que sirviese para que todo aquel que acreditase las características de la adjudicación pudiera pujar por la adquisición derivativa. Así, de forma simultánea al otorgamiento originario del título por parte de la Administración a su primer titular, el título debería ser registrado en el mencionado registro, así como todos los derechos que se constituyesen sobre el mismo a lo largo del tiempo. Por otro lado, los sujetos privados que quisieran adquirir el título derivativamente, primero deberían acreditar el cumplimiento de los requisitos de adjudicación, para lo cual tendrían que solicitar y obtener una autorización *ex ante* de la Administración competente para ingresar en el registro administrativo mencionado. Una vez que estuviera registrado podría pujar por el título, junto a los otros titulares registrados, cuando su titular lo ofertara a través del mencionado registro público mediante un procedimiento que garantizase la necesaria publicidad y cumpliendo con requisitos necesarios para poder hacerlo. Una vez realizada la transmisión derivativa sería necesaria la convalidación por parte de la Administración mediante autorización *ex post* con el fin de verificar que los requisitos exigidos en la adjudicación originaria se siguen cumpliendo. Este diseño contempla tanto cesiones voluntarias como forzosas.

Es un diseño elemental planteado con el fin consciente de eliminar cualquier diferencia entre los regímenes que regulan adjudicación y transmisión de títulos administrativos. Sea como fuere, si el legislador considera que la transmisión de los títulos debe regularse por uno distinto al de la adjudicación, las condiciones de acceso al registro público serán las propias del régimen que regula la transmisión, como es obvio.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ESTEVE PARDO, J., «El mercado de títulos administrativos. Asignación objetiva, reasignación transparente», en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al profesor Dr. D. Sebastián Martín Retortillo*, Madrid, Civitas, 2003.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., *Las concesiones administrativas de dominio público*, 1.ª ed., Navarra, Aranzadi, 2007.
- FERNÁNDEZ-ESPINAR LÓPEZ, L. C., «El dominio público minero», en L. PAREJO ALFONSO y A. PALOMAR OLMEDA (dirs.), *Derecho de los Bienes Públicos*, t. III, Navarra, Aranzadi, 2009.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., «Los transportes por carretera y competencia», en *Transporte y competencia*, 1.ª ed., Madrid, Civitas, 2004.
- «Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad y la administración económica», en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Madrid, Civitas, 2003.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «Breves reflexiones sobre la autorización previa», en *Actas del I Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, 1.ª ed., Navarra, Aranzadi, 2007.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, II, 8.ª ed., Madrid, Civitas, 2002.
- GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R., «El régimen económico del sector eléctrico», en *Derecho de la regulación económica*, t. II, Madrid, Iustel, 2009.
- LAGUNA DE PAZ, J. C., «La autorización administrativa: entre la escila del dogmatismo y el Caribdis del relativismo», en *Actas del I Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, 1.ª ed., Navarra, Aranzadi, 2007.
- MARTÍN OVIEDO, J. M.ª, «Transferencia, hipoteca, embargo y ejecución en las concesiones administrativas», en *Estudios de Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1972.
- MESTRE DELGADO, J. F., *La extinción de la concesión de servicio público*, Madrid, La Ley, 1992.
- PAREJO GÁMIR, R., «Transmisión y gravamen de concesiones administrativas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 107, mayo-agosto de 1985.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, t. II, 2.ª ed., Madrid, Iustel, 2009.
- VILLAR PALASÍ, J. L., voz «Concesiones administrativas», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, vol. IV, Barcelona, 1952.
- «La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 3, 1950, SEP-DIC.