



*ASUNTO: BIENES/TRANSMISIBILIDAD DE LAS CONCESIONES
DEMANIALES*

**Posibilidad de transmisión de una concesión demanial de
kiosco en parque municipal.**

257/13

FC

INFORME

I. HECHOS. ANTECEDENTES

Con fecha XX de 1979 el Pleno del Ayuntamiento otorgó a un particular una concesión demanial para la explotación de un kiosco Bar en un parque público del municipio. Recientemente por el titular de la concesión se ha comunicado al Ayuntamiento su intención de transmitir a un tercero los derechos y deberes inherentes a dicha concesión por el tiempo que resta hasta su extinción.

II. LEGISLACIÓN APLICABLE

— Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL55), aprobado por Decreto de 27 de mayo de 1955

— Ley de Procedimiento Administrativo de 1958



- Ley 89/1962, de 24 de diciembre, de Bases del Patrimonio del Estado.
- Texto Articulado de la Ley de Bases del Patrimonio del Estado, aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril

III. FONDO DEL ASUNTO

1. **NORMATIVA APLICABLE.**-Siendo que el acuerdo de concesión demanial fue adoptado con fecha 9 de julio de 1979, la normativa aplicable al supuesto de hecho que se nos plantea está configurada por el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL55), aprobado por Decreto de 27 de mayo de 1955, Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, Ley 89/1962, de 24 de diciembre, de Bases del Patrimonio del Estado y Texto Articulado de la Ley de Bases del Patrimonio del Estado, aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril

2. **PROCEDIMIENTO PARA EL OTORGAMIENTO DE CONCESIONES DEMANIALLES.**-Distinguía el artículo 58 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL55), aprobado por Decreto de 27 de mayo de 1955, cuatro tipos de uso de los bienes de dominio público:

— Común: El correspondiente por igual a todos los ciudadanos indistintamente, de modo que el uso de unos no impida el de los demás interesados. Distinguiéndose a su vez dentro de esta tipología el uso general y el uso especial, en función de que concurriesen o no circunstancias especiales por su peligrosidad, intensidad o cualquiera otra semejante.

— Privativo: El constituido por la ocupación de una porción de dominio público de modo que limite o excluya la utilización por los demás interesados.

— Normal: El que fuere conforme con el destino del dominio público a que afecte.

— Anormal: Si no fuere conforme con dicho destino.

Por su parte, el artículo 62 del RBEL55 sujeta a concesión administrativa tanto el uso privativo como el uso anormal de los bienes de dominio público.

La instalación de un kiosco en un parque público, como es el caso que nos ocupa debe ser considerado, conforme al precepto arriba citado (artículo 58) como uso privativo de los bienes de dominio público, por constituir una "ocupación de una porción del dominio público, de modo que limite o excluya la



utilización por los demás interesados”, cuya utilización estaba sujeta a concesión administrativa, conforme al artículo 62.1 a), a otorgar previa licitación y de acuerdo con el procedimiento, cláusulas y condicionamientos que se establecían en los artículos 63 y siguientes del RBEL55.

Sin embargo, conforme a la documentación remitida por el Ayuntamiento no consta que tal concesión demanial se hubiere otorgado previa licitación, tal como exige el referido artículo 62.2 del RBEL55. Antes al contrario, en el expediente municipal consta la petición formulada por el actual concesionario y en la sesión del pleno corporativo de 6 de julio de 1979 se acuerda la concesión por término de 45 años y con un canon mensual de 3.450 pesetas, actualizable cada tres años al 8,35%.

Vemos pues cómo en el otorgamiento de la concesión demanial referenciada se prescindió total y absolutamente del procedimiento establecido en los artículos 62 y siguientes del RBEL55. Tal transgresión no llevaría a la nulidad de pleno derecho del acuerdo de otorgamiento de la concesión, por cuanto el artículo 47.1 c) de la entonces vigente Ley de 17 de julio de 1958, sobre Procedimiento Administrativo, establecía que los actos de la Administración son nulos de pleno derecho cuando se dictasen “prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados”

Para estos supuestos establecía el artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 que “la Administración podrá en cualquier momento, de oficio o a instancia de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado, declarar la nulidad de los actos enumerados en el artículo 47”. Sin embargo, el artículo 102 de la vigente ley 30/1992, en su redacción dada por la Ley 4/1999, introduce la expresión declarar, convirtiendo a la declaración de la nulidad en una actuación obligatoria y no discrecional como antes el legislador había regulado.

En todo caso, y moviéndonos en la normativa aplicable en el momento del otorgamiento de la concesión, el Ayuntamiento, previo dictamen favorable del Consejo Consultivo de Extremadura, podría declarar la nulidad de la concesión. Ahora bien, no olvidemos que el principio de confianza legítima sobre el que el concesionario ha descansado el uso y disfrute del demanio podría llevar a éste, en caso de que tal nulidad se propiciase, a reclamar la indemnización por el lucro cesante que con tal nulidad podría irrogarsele.



Sirva como ejemplo para tal eventualidad el contenido de la STSJ de Extremadura Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 18-1-2008, nº 26/2008, rec. 633/2006 . Pte: Domínguez Calvo, Alvaro :

"QUINTO.- Solicita la parte actora que se le proceda a indemnizar por los daños sufridos, calculados de conformidad a lo previsto para la valoración de las concesiones administrativas en los artículos 41 y 43 de la Ley de Expropiación Forzosa .

Siendo evidente la improcedencia de la resolución contractual, es consecuencia necesaria de ello la indemnización del contratista, pues dicha resolución fue acordada de manera unilateral por la Administración sin ajustarse a ninguna causa que fuera conforme al ordenamiento jurídico. Ahora bien, sobre este extremo debemos destacar la reiterada jurisprudencia de la Sala III del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 11 de junio de 2002 EDJ2002/22754 , 3 de febrero de 1989 y 15 de octubre de 1986) sobre la necesidad de que exista una prueba rigurosa sobre las ganancias dejadas de percibir, ya que la indemnización debe aplicarse de modo prudente y restrictivo, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios . En este sentido, el beneficio dejado de percibir -o lucro cesante, que es lo que se reclama en el suplico de la demanda- no puede equivaler exactamente al precio del contrato, pues resulta llano que, no desplegándose el servicio para el que había sido contratado, el contratista no tendrá que hacer frente a determinados gastos que sí habría de soportar de no mediar la resolución - tales como combustible, mantenimiento de vehículos, conductores, etc.- no pudiéndose concretar los mismos al no haberse mencionado por la parte actora."

3.-TRANSMISIBILIDAD DE LAS CONCESIONES DEMANIALES.- Ni el RBEL55, ni la Ley 89/1962, de 24 de diciembre, de Bases del Patrimonio del Estado, ni su Texto Articulado, aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril, contenían estipulación alguna sobre la transmisibilidad o no de las concesiones demaniales.

No obstante la doctrina se ha venido planteando si la transmisibilidad de los títulos administrativos que subyacen en las concesiones demaniales está condicionada por la naturaleza intrínseca de los mismos, o lo que es lo mismo, si el concreto contenido del título condiciona su transmisibilidad.



Así, tradicionalmente se ha venido considerando que las concesiones 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. 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.

Hay autores que han establecido diferencias en esta materia entre autorizaciones y concesiones, afirmando que 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 autorización, 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 público.

En nuestro caso, concesión demanial, ésta 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: inmediatez, ejercicio *erga omnes*, exclusividad, e incluso 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 reales. 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 pública.

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 servicio y, por ello, factor diferenciador, puesto que en estas últimas el carácter intuitu personae adquiría máxima relevancia. (de la obra de XX: Transmisión de títulos administrativos).

Quizás fruto de esta corriente doctrinal, la vigente Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) recoge en sus artículos 97 y 98, declarados como legislación básica por su Disposición Final Segunda, la existencia de un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido para el ejercicio de la actividad autorizada por el título de la concesión, así como la transmisibilidad de tales derechos reales:

“Artículo 97. Derechos reales sobre obras en dominio público.

1. El titular de una concesión dispone de un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido para el ejercicio de la actividad autorizada por el título de la concesión.
2. Este título otorga a su titular, durante el plazo de validez de la concesión y dentro de los límites establecidos en la presente sección de esta Ley, los derechos y obligaciones del propietario.

Artículo 98. Transmisión de derechos reales.

1. Los derechos sobre las obras, construcciones e instalaciones de carácter inmobiliario a que se refiere el artículo precedente sólo pueden ser cedidos o transmitidos mediante negocios jurídicos entre vivos o por causa de muerte o mediante la fusión, absorción o escisión de sociedades, por el plazo de duración de la concesión, a personas que cuenten con la previa conformidad de la autoridad competente para otorgar la concesión.
-



2. Los derechos sobre las obras, construcciones e instalaciones sólo podrán ser hipotecados como garantía de los préstamos contraídos por el titular de la concesión para financiar la realización, modificación o ampliación de las obras, construcciones e instalaciones de carácter fijo situadas sobre la dependencia demanial ocupada.

En todo caso, para constituir la hipoteca será necesaria la previa autorización de la autoridad competente para el otorgamiento de la concesión. Si en la escritura de constitución de la hipoteca no constase esta autorización, el registrador de la propiedad denegará la inscripción.

Las hipotecas constituidas sobre dichos bienes y derechos se extinguen con la extinción del plazo de la concesión.”

Daniel I. Ripley, de Uría Méndez, en su artículo “La utilización privativa de los bienes de dominio público: las concesiones demaniales en la nueva Ley de patrimonio de las Administraciones públicas”, realiza un interesante análisis sobre esta cuestión, afirmando:

“En este sentido, señala el artículo 93.2 de la Ley 33/2003 que «cualquiera que haya sido el procedimiento seguido para la adjudicación, una vez otorgada la concesión deberá procederse a su formalización en documento administrativo. Este documento será título suficiente para inscribir la concesión en el Registro de la Propiedad», hipotecable (artículo 107 de la Ley Hipotecaria), y transmisible en los términos previstos en el acuerdo de otorgamiento de la concesión y, en todo caso, con autorización administrativa (artículo 92.7.i) de la Ley 33/2003), salvo, claro está, que la legislación sectorial establezca lo contrario —recordemos que la Ley 33/2003 es supletoria de la misma—, como sucede en el ámbito de la Ley de Costas, cuyo artículo 70.2 prohíbe la transmisión inter vivos de algunas concesiones demaniales.

.../...

Ahora bien, el interés público subyacente en la relación concesional condiciona también el ius disponendi del propietario, dado que, aunque se admite la transmisión del objeto sobre el que recae el objeto del dominio, inter vivos, mortis causa o mediante la fusión, absorción o escisión de sociedades, será preciso en todo caso que los beneficiarios de la transmisión «cuenten con la previa conformidad de la autoridad competente para otorgar la concesión» (artículo 98.1 de la Ley 33/2003).



.../...

Además del derecho real administrativo en que la concesión demanial consiste, la Ley 33/2003 (artículo 97) reconoce al concesionario una suerte de propiedad separada o concesional sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido para el ejercicio de la actividad autorizada durante el tiempo que dure la concesión, con la importante consecuencia de la posible transmisión, previa autorización, del objeto sobre el que recae el objeto del dominio, inter vivos, mortis causa o mediante la fusión, absorción o escisión de sociedades.”

Es cierto que el artículo 100 de la vigente LPAP establece como una de las causas de extinción de las concesiones demaniales “la muerte o incapacidad sobrevenida del concesionario individual o la extinción de la personalidad sobrevenida”. Es cierto también, y tal como se nos indica en el texto de la consulta, que el concesionario es actualmente beneficiario de una pensión de invalidez, que supone el cobro de una prestación de del 75% de la base reguladora, y que conforme a la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, El disfrute de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva.

Ahora bien, dos son las razones que, en nuestra opinión impiden considerar aplicable a este supuesto las causas de extinción de la concesión establecida en el mencionado artículo 100 de la LPAP. La primera y fundamental es la imposibilidad de aplicación retroactiva de esta norma desfavorable para el interesado, dado que la fecha de la concesión es anterior a la entrada en vigor de la LPAP, y la otra que, como hemos venido sosteniendo a lo largo del presente informe, las concesiones demaniales, salvo excepciones, no se otorgan intuitu personae y, por consiguiente y como tamos hemos venido sosteniendo, las concesiones demaniales son trasnmisibles tanto mediante cualquier negocio jurídico como mortis causa.



4. Procedimiento y requisitos para la transmisión de la concesión demanial.-Ya hemos visto cómo los artículos 97 y 98 de la LPAP otorga al titular de la concesión un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido para el ejercicio de la actividad autorizada por el título de la concesión, así como la transmisibilidad de tales derechos reales.

Queda claro que los derechos reales los ostenta el concesionario durante el plazo de validez de la concesión; es decir, que podrá ejercitar su derecho de transmisión en cualquier momento entre la fecha de otorgamiento y el plazo de finalización de la concesión.

El artículo 98 de la LPAP nos indica cuáles son los medios de transmisión:

- Mediante negocios jurídicos entre vivos
- Mortis causa
- Mediante la fusión, absorción o escisión de sociedades

Pero quizá el elemento o requisito más importante para que pueda realizarse la transmisión de los derechos concesionales sea la necesaria y previa conformidad de la autoridad competente para otorgar la concesión.

Así, manifestada al Ayuntamiento la voluntad de transmitir a un tercero los derechos y deberes inherentes a la concesión, para que ésta pueda llevarse a cabo, la LPAP exige la conformidad, en este caso, del Pleno Corporativo. Consideramos que esa conformidad no puede concretarse en una simple toma de razón, sino que debe el órgano competente comprobar, y exigir a ambas partes, que tal transmisión se va a proceder con todos y cada uno de los derechos y obligaciones que el concesionario adquirió en el momento del otorgamiento. En tal sentido deberemos acudir al acto mediante el cual se otorgó y comprobar cuál fue el contenido exacto de la concesión.

Es cierto, como comentamos al principio, que en nuestro caso concreto no se sometió a previa licitación y que, por consiguiente, no existe un pliego de cláusulas en el que quedarán recogidas esos deberes y facultades que el artículo 63 del RBEL55 exigía fijar en el correspondiente pliego.

Sin embargo sí podemos comprobar que en el acuerdo plenario de la concesión, y en actos subsiguientes al mismo se recogen los siguientes elementos obligacionales:



- Duración de la concesión
- Canon Concesional (actualizable cada tres años)
- Destino de los bienes cuya concesión se otorga.

Pues bien, deberá el Ayuntamiento comprobar que tales elementos se van a respetar en la transmisión de la concesión y exigir a ambas partes el compromiso de su cumplimiento, condicionando la validez y eficacia de la transmisión a dicho cumplimiento.

5. Contenido de la autorización. Deber de inspección y policía del Ayuntamiento.-Como hemos dicho, para que pueda llevarse a cabo la transmisión de la concesión demanial es precisa la previa autorización del Ayuntamiento; así como que tal autorización no debe consistir en una mera toma de razón.

Pues bien, derivado tanto de la condición demanial del bien sobre el cual se otorgó la concesión como de la actividad autorizada a ejercer en el demanio, para que tal transmisión pueda llevarse a efecto el Ayuntamiento deberá exigir que sobre dicho demanio se va a ejercer la actividad autorizada y que la misma cuenta con todas los requisitos que la normativa vigente exige.

Es cierto que a la fecha de la concesión estaba vigente el llamado régimen de licencia para el ejercicio de actividades en el término municipal. Sin embargo hoy, desde la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la llamada Directiva de Servicios (2006/123/CE), la actividad concreta que se desarrolla en el bien objeto de concesión está sujeta a comunicación previa.

En todo caso, licencia o comunicación previa, es cierto que la normativa tanto estatal como autonómica aplicable, ante la transmisión de las actividades amparadas por una comunicación previa, otorgan al Ayuntamiento el derecho y el deber de inspección y comprobación.

Así, el artículo 75 de la Ley 5/2010, de prevención y calidad ambiental de la Comunidad Autónoma de Extremadura establece lo siguiente:

Artículo 74 Transmisión de la actividad

1. El cambio de titularidad de las actividades sometidas a comunicación ambiental deberá ser notificada al ayuntamiento correspondiente por los sujetos que intervengan en la transmisión. La notificación se hará en el plazo máximo de un mes desde que la transmisión se haya producido.



2. La notificación irá acompañada de una copia del acuerdo suscrito entre las partes, en el que deberá identificarse la persona o personas que pretendan subrogarse, total o parcialmente, en la actividad, expresando todas y cada una de las condiciones en que se verificará la subrogación. Una vez producida la transmisión, el nuevo titular se subrogará en los derechos, y obligaciones del anterior titular.

3. Si se produce la transmisión y no se efectúa la correspondiente notificación, el anterior y el nuevo titular quedarán sujetos, de forma solidaria, ante el Ayuntamiento y los órganos ambientales, a todas las obligaciones derivadas de la correspondiente comunicación ambiental.

En el mismo sentido, el artículo 40 del Decreto 81/2011, de 20 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de autorizaciones y comunicación ambiental de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Pero es más, el Ayuntamiento conserva siempre la facultad de control e inspección de la actividad; facultad que se hace más necesaria en un supuesto como éste en el que se ejerce sobre un bien de dominio público y cuya transmisión exige esa preveía autorización a la que nos hemos referido.

En efecto, el artículo 38 del mencionado Decreto autonómico 81/2011 establece lo siguiente:

Artículo 38 Control y seguimiento de la actividad

1. El Ayuntamiento podrá comprobar en cualquier momento, por sí mismo o a través de los medios establecidos en el párrafo segundo del apartado 2, del artículo 4, el cumplimiento de las condiciones recogidas en la comunicación ambiental.

2. Serán necesarias revisiones periódicas cuando así lo establezcan las ordenanzas municipales o la normativa sectorial que afecta a los aspectos ambientales recogidos en la comunicación ambiental.

Pues bien, comunicada al Ayuntamiento la intención del titular de la concesión de transmitir la misma, se deberá comprobar por el Ayuntamiento que dicha actividad reúne, a fecha de hoy, todos y cada uno de los requisitos que la diversa normativa sectorial exige para el ejercicio de la misma. Extremos estos que deberán ser comprobados por los técnicos municipales y de cuyo resultado positivo dependerá que el Ayuntamiento autorice o no la pretendida transmisión, conteniéndose en dicha autorización, si así se acordare, las



prevenciones contenidas tanto en los informes municipales como en la legislación sectorial aplicable a la concreta actividad.

6. CONCLUSIONES

Visto todo lo anterior y contestando a las cuestiones concretas que se nos formulan:

1ª. ¿Podría traspasar el negocio sin la anuencia de la Corporación Municipal? NO. Ya hemos visto que la transmisión de la concesión exige la previa aittirización municipal, en la que se experan las exigencias para la validez de tal transmisión.

2ª. ¿Podría sacar el concesionario un extraordinario beneficio respecto del canon de la concesión, que se supone debería seguir abonando? SI. El Ayuntamiento exigió en su día un canon concesional, y que actualizado se exige a la fecha de hoy. Siendo que consideramos la transmisibilidad de la concesión por cualquier negocio jurídico, no existe norma ni argumento que impida actual concesionario obtener algún tipo de beneficio con la operación de la transmisión.

3ª. ¿Supone la Concesión de la pensión de invalidez, la inhabilitación para continuar con la concesión y por tanto debería revertir la concesión y los bienes afectos al Ayto? NO. En nuestra opición no, y ello porque la causas de extinción de la concesión recogida en el artículo 100 de la LPAP sería de aplicación retroactiva en perjuicio de interesado y porque hemos considerado que esta concesión demanial no se otorga intuitu personae.

4ª. ¿Cómo debería actuar el Ayuntamiento a partir de este momento? Ya hemos indicado a lo largo del Informe el procedimiento que se ha de seguir para, en su caso, proceder a autorizar la transmisión de la concesión demanial.

5ª. ¿Cómo debería actuar este Ayuntamiento ante cualquier acuerdo unilateral con un tercero del concesionario para la explotación? Como quiera que para la validez y eficacia de la transmisión de la concesión demanial es preceptiva la previa autorización, cualquier actuación unilateral del concesionario llevaría a la nulidad, ante la cual el Ayuntamiento podrá requerir que se proceda en los términos que hemos expresado y, en caso de que así no se proceda, proceder a la extinción de la concesión.

Badajoz, diciembre de 2013
