

ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

CELESTINO A. CANO TELLO

Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia

LA HIPOTECA DE CONCESIONES ADMINISTRATIVAS

(Tesis Doctoral)



SECRETARIADO DE PUBLICACIONES, INTERCAMBIO CIENTÍFICO
Y EXTENSIÓN UNIVERSITARIA

1972

LA HIPOTECA DE CONCESIONES ADMINISTRATIVAS

(Tesis Doctoral)

Por CELESTINO A. CANO TELLO

Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia

Tesis doctoral calificada con "Sobresaliente cum laude", leída y defendida públicamente el día 7 de marzo de 1972 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia.

TRIBUNAL

Presidente: Doctor JOSE VIÑAS MEY,
Catedrático de Derecho Civil de la Facultad
de Derecho de la Universidad de Valencia.

Vocales: Doctor JUAN GALVAÑ ESCUTIA,
Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad de Valencia.

Doctor MANUEL GITRAMA GONZALEZ,
Catedrático de Derecho Civil de la
Universidad de Valencia.

Doctor LUIS DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEON,
Catedrático de Derecho Civil de la
Universidad de Valencia.

Doctor DIEGO SEVILLA ANDRES,
Catedrático de Derecho Político de la
Universidad de Valencia.

Esta publicación es un extracto de la Tesis, autorizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9 del Decreto de 25 de junio de 1954.

LA HIPOTECA DE CONCESIONES ADMINISTRATIVAS

I. INTRODUCCION

Tal vez por ser un tema que participa de disciplinas tan dispares, dentro de la unidad del sistema jurídico, como el Derecho Administrativo y el Derecho Civil, la hipoteca de concesiones administrativas ha sido muy poco tratada por la doctrina hasta el punto que puede decirse que no existe ninguna obra que la estudie con carácter general.

Existen, sí, trabajos monográficos sobre determinadas hipotecas de concesiones, especialmente de ferrocarriles y de minas, pero no hay ningún estudio que perfíle una teoría general de la hipoteca de concesión administrativa.

No se crea sin embargo que ello es porque el tema carece de interés, puesto que lo tiene grande desde el punto de vista científico, no siendo despreciable su importancia práctica.

No cabe duda que son mucho más frecuentes las hipotecas sobre fincas ordinarias, pero por tener la concesión, generalmente, un valor muy superior, la importancia económica de la hipoteca de concesiones es proporcionalmente también muy superior a su número en comparación con las demás hipotecas.

Ya en 1941 las hipotecas constituidas en garantía de las obligaciones emitidas por la compañía concesionaria de los ferrocarriles del Norte y las de Madrid a Zaragoza y Alicante, ascendían a unos dos mil millones de pesetas. Y por lo que se refiere a los últimos años, sólo en el reducido sector de la vida municipal que supone la concesión de aparcamientos, las compañías concesionarias de Madrid, Barcelona y Valencia, han emitido obligaciones hipotecarias por valor de seiscientos sesenta y ocho millones de pesetas desde 1967.

II. LA CONCESION ADMINISTRATIVA

COMO DERECHO SUBJETIVO

Al iniciar el estudio de la hipoteca de concesiones hemos de partir, naturalmente, del concepto de concesión administrativa. La concesión, puede considerarse como acto constitutivo de un derecho a favor del concesionario o como este mismo derecho. Este segundo aspecto, es el que interesa desde nuestro punto de vista: la concesión como derecho subjetivo. La concesión será hipotecable en cuanto sea un derecho real inmobiliario y transmisible.

La posibilidad de los derechos reales administrativos ha dividido a la doctrina desde hace largo tiempo. En contra de su admisión militan Duguit, Laubadere y Fernández de Velasco entre otros, y a favor Huriou, Zanobini y Alcalá Zamora, también entre otros autores.

En realidad ninguna razón se opone a la existencia de estos derechos reales siempre que sus caracteres esenciales sean los propios de tales derechos, y no hay duda de que dichos caracteres se dan en muchos derechos administrativos, que por ello deben ser considerados como reales. La característica esencial que distingue los derechos reales administrativos y que los califica de tales es, como pone de manifiesto Villar Palasí, que se encuentran disciplinados por un régimen jurídico especial: un régimen de dominio público, esencialmente de Derecho Administrativo, de características distintas del Derecho privado.

SANCHEZ ROMAN, asigna al derecho real como caracteres esenciales: 1.º Que tiene por objeto una cosa concreta y determinada, 2.º. Que se constituyen a través de título y modo, y 3.º. Que da lugar a acción real.

Para CASTAN, son características esenciales del derecho real, desde el punto de vista interno, la inmediatividad del poder ejercido sobre la cosa y desde el punto de vista externo, el derecho de persecución y exclusión "erga omnes".

Trasladando estos caracteres a los derechos reales administrativos, observamos que efectivamente recaen sobre cosas concretas y determinadas que dan lugar a acción real y que los caracteriza desde el punto de vista interno, la inmediatividad del poder ejercido sobre la cosa. El problema se nos plantea respecto de los modos de constitución y de los derechos de persecución y exclusión "erga omnes".

Respecto de la primera cuestión, como pone de manifiesto GONZALEZ PEREZ, el derecho real administrativo, recae sobre una cosa de dominio público sustraída al comercio jurídico privado, por lo que su nacimiento es incompatible con cualquiera de los modos que tradicionalmente se han reconocido en el Derecho privado. Nace por un acto típicamente administrativo: la concesión. Pero también puede nacer por Ley o por prescripción.

Sin embargo, la necesidad de título y modo para la adquisición de los derechos reales, no afecta a la esencia de los mismos, ya que depende del criterio aceptado por cada legislación. Mientras el Derecho alemán admite la transmisión por acuerdo real con independencia del negocio casual, el Derecho francés se basa en el principio del consentimiento, y el Derecho soviético únicamente exige la tradición (modo) para la transmisión de las cosas muebles determinadas genéricamente.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 609 del Código Civil la propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción.

Este precepto enumera los modos de adquirir los derechos reales en nuestro Derecho, pero los derechos reales civiles, no los derechos reales administrativos, los cuales tienen sus propios modos, sin perjuicio de que les sean también aplicables los del artículo 609 con ciertas limitaciones.

En cuanto a la eficacia "erga omnes", se ha dicho que los derechos reales administrativos, puede ejercitarse frente a todos menos frente a la Administración, con lo que quiebra una de las características esenciales del derecho real.

La llamada "línea de precariedad" supone que la Administración concedente,

puede cuando lo exija el interés público a que está afectado el dominio, declarar extinguido el derecho sobre el mismo constituido, aún antes del plazo señalado (art. 63 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales). Pero mientras la Administración pública no declare extinguido el derecho, su titular puede ejercerlo frente a todos, incluso frente a la Administración, ya que cabe incluso el ejercicio de acciones posesorias contra la misma.

En conclusión, nada se opone a configurar como derechos reales administrativos, determinados derechos subjetivos que reúnan las características de los derechos reales y nada se opone tampoco, a que se den efectivamente dichas características en derechos subjetivos de naturaleza administrativa.

Señala SANCHEZ ROMAN que en los derechos reales interviene un sujeto activo individualmente determinado y un sujeto pasivo colectivo indeterminado, en tanto que en el derecho de obligación interviene además un sujeto pasivo individualmente determinado. Esta característica subjetiva de los derechos reales se da también en la concesión donde existe un sujeto activo individualmente determinado (el concesionario) y un sujeto pasivo colectivo e indeterminado constituido por la comunidad social que tiene la obligación de tipo negativo de no perturbar la titularidad del primero. La esquemática subjetiva de los derechos reales, se reproduce en la concesión.

El objeto del derecho real es una cosa corporal, específica y determinada, una cosa material (si bien la doctrina moderna admite la existencia de derechos reales sobre bienes inmateriales como la propiedad intelectual e industrial). El objeto de la concesión es también una cosa material: un bien de dominio público.

Lo característico de los derechos reales es la proyección del poder del titular sobre la cosa directamente sin intermediario y, como consecuencia de ello, la facultad de excluir. Esta es exactamente la posición del concesionario sobre la cosa objeto de la concesión.

El derecho real atribuye a su titular un poder ejercitable "erga omnes", característica de los derechos absolutos que se da también en favor del concesionario con la limitación de la llamada línea de precariedad respecto de la Administración y que actúa en los mismos términos que respecto de los derechos reales administrativos en general, lo que constituye otro argumento en favor de la naturaleza jurídica real de las concesiones.

Resumiendo, la concesión administrativa es un verdadero derecho real administrativo. Como derecho real se adapta perfectamente a los caracteres que la doctrina asigna a los derechos reales. Por su condición de derecho administrativo se aparta del derecho privado en cuanto a su regulación, sometiéndose a un régimen de Derecho Público, esencialmente de Derecho Administrativo.

En definitiva, podemos afirmar que la concesión de dominio público es un derecho real administrativo no catalogable entre los derechos reales tradicionalmente conocidos en el Derecho Civil; es un derecho real distinto, una concesión administrativa. Lo mismo puede decirse de las concesiones de obras públicas y, como veremos, también de los servicios públicos, en ciertos casos, en virtud de su incidencia sobre bienes de dominio público.

III. NATURALEZA JURIDICA DE LA HIPOTECA

En cuanto a la naturaleza de la hipoteca de concesiones, podemos afirmar que

asume los caracteres propios de las restantes hipotecas. Es un derecho real, sin contacto posesorio, accesorio, de garantía, que recae sobre cosas ajenas y que se adhiere a la cosa con independencia de su titular. Es siempre un derecho real inmobiliario. Sin entrar en la discusión de si la hipoteca es esencialmente un derecho inmobiliario, no cabe duda de que en nuestra legislación la hipoteca de concesiones es una hipoteca inmobiliaria, ya que sólo la concesión sobre bienes inmuebles de dominio público es inscribible en el Registro y sólo puede constituirse la hipoteca sobre concesiones inscritas, dado que su inscripción es constitutiva.

Respecto al carácter de realizabilidad, hay que advertir que ésta se efectúa en materia de hipoteca de concesiones de obras y servicios públicos, a través de un sistema especial que la hace recaer sobre los rendimientos líquidos, por lo que a nuestro Derecho se refiere.

IV. CONCESIONES HIPOTECABLES

En cuanto a las concesiones que pueden ser objeto de hipoteca, es necesario destacar que no todas son hipotecables, sino aquellas que reúnen ciertos caracteres de inmovilidad y realidad, es decir, aquellas que tienen la naturaleza de derecho real inmobiliario.

De acuerdo con los criterios sentados, las concesiones de minas, aguas, obras públicas en general, entre las que se incluyen los caminos, autopistas, ferrocarriles, puertos, canales de riego y navegación, aprovechamiento y policía de aguas, son hipotecables por reunir los requisitos de alienabilidad, inmobiliariadad y realidad, y así mismo la concesión de servicios públicos que lleve consigo la obligación de construir obra pública o atribuya derechos reales sobre un bien inmueble de carácter público.

De acuerdo con nuestro Derecho positivo, son hipotecables los bienes inmuebles susceptibles de inscripción y los derechos reales, enajenables con arreglo a las leyes, impuestos sobre los mismos bienes (art. 106 de la Ley Hipotecaria).

Las concesiones administrativas de obras públicas tienen, según el artículo 334 1.º del Código Civil, la consideración de bienes inmuebles. También las minas, canteras y escoriales y las aguas son bienes inmuebles (art. 334-8), luego las concesiones de las mismas también son derechos reales inmobiliarios y lo mismo ocurre con las concesiones de servicios que reúnen las características arriba expuestas.

Para que los derechos reales inmobiliarios puedan hipotecarse es requisito necesario que sean inscribibles, ya que la hipoteca es un derecho de inscripción constitutiva. El artículo 2-2.º de la Ley Hipotecaria prevé la inscripción de cualesquiera derechos reales y las concesiones de minas, aguas, ferrocarriles, canales y demás obras públicas lo son, luego deben ser hipotecables. Así se reconoce en el artículo 107-6 que establece que también podrán hipotecarse las concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas a servicio público, quedando pendiente la hipoteca de la resolución del derecho del concesionario.

V. LOS SUJETOS DE LA HIPOTECA SOBRE CONCESIONES

No se requieren condiciones especiales de capacidad para ser hipotecante,

bastando la cualidad de concesionario. Tampoco se exigen para ser acreedor hipotecario. Por excepción es necesaria la nacionalidad española para ser titular por acto "inter vivos" de una hipoteca sobre una concesión minera, como se desprende del artículo 35 de la Ley de Minas que establece que "las ventas, cesiones, arriendos, subarriendos, gravámenes o cualquier otra forma de transmisión por actos "inter vivos" de concesiones de explotación, no podrán realizarse a favor de extranjeros. En las transmisiones que a favor de ellos pudieran causarse por actos "mortis causa", el Estado podrá subrogarse en los derechos del alquiere, previa la correspondiente indemnización".

Dice GARCIA-ARANGO que, dado que la hipoteca es una carga o gravamen real, con una interpretación literal de los preceptos de la legislación minera, ha de entenderse prohibida su constitución a favor de extranjeros, pero examinadas todas las normas contenidas en la Ley y Reglamento de minas se deduce que nuestro Ordenamiento persigue la finalidad, que la Exposición de Motivos pone de manifiesto, y por ello opone que lo que las normas legales pretenden es que los extranjeros no adquieran derechos de uso, goce o disfrute de las minas que entrañarían una ingerencia en la explotación de tal riqueza; pero entre tales derechos no cabe incluir la hipoteca que únicamente atribuye a su titular un derecho de persecución preferente.

Por nuestra parte, sin desconocer la exactitud de las afirmaciones del señor GARCIA-ARANGO, creemos que, aunque la Dirección General de Minas ha admitido en algún caso determinado la constitución de hipoteca en favor de extranjeros, todo acto de este carácter será nulo por disposición de la Ley, ya que la hipoteca es un gravamen como se desprende del artículo 104 de la Ley Hipotecaria y los gravámenes en favor de extranjeros de concesiones de minas, están prohibidos por el artículo 35 de la Ley de Minas en relación con el 4.º del Código civil que declaran nulos los "actos ejecutados contra lo dispuesto en una ley". Y porque la alusión que el citado autor hace a la Exposición de Motivos carece de trascendencia, ya que ésta no tiene fuerza de obligar.

En cuanto a las hipotecas constituidas por acto "mortis causa", en favor de extranjeros, hemos de examinar su posibilidad y sus efectos.

Su posibilidad está fuera de toda duda, por lo menos en Derecho español. Únicamente puede hablarse de hipoteca testamentaria cuando ésta puede ir directamente del testamento al Registro por ser el testador el que sin necesidad de asentimiento del heredero, hipoteca bienes determinados a la seguridad de un crédito también determinado.

El artículo 138 de la Ley Hipotecaria señala que "son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se establezcan...".

El artículo 141, introducido por la reforma de 1944-1946, establece que "en las hipotecas voluntarias constituidas por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada, la aceptación de la persona a cuyo favor se establecieron o inscribieron, se hará constar en el Registro por nota marginal cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de la constitución de la misma". El artículo 237 del Reglamento desarrolla la norma anterior.

Estos preceptos admiten implícitamente la hipoteca testamentaria, pero es que además dicha forma de hipoteca unilateral está expresamente admitida por el artículo 248 del Reglamento cuando dice que "cuando estas hipotecas se constituyeron en actos de última voluntad, será título suficiente para inscribirlas el testamento, acompañado de los certificados de defunción del testador y del Registro

General de Actos de Ultima Voluntad, y la aceptación del pensionista o beneficiario de la prestación podrá otorgarse en la escritura particional de la herencia o en otra escritura". Ciertamente que el párrafo transcrito se refiere a la hipoteca constituida en garantía de pensiones o prestaciones periódicas, pero una vez admitida legalmente la posibilidad de la hipoteca unilateral, implícitamente en los artículos 138 y 141 de la Ley y 237 del Reglamento y explícitamente, aunque limitada a las prestaciones periódicas, en el artículo 248 del último, no hay inconveniente en admitirla fuera de aquellos casos en que la Ley expresamente la regula, de donde se deduce la posibilidad de constituir una hipoteca unilateral sobre una concesión administrativa, siempre que el constituyente esté legitimado para ello.

En conclusión, puede constituirse hipoteca de concesiones por testamento a favor de extranjeros, por admitirlo así el artículo 35 de la Ley de Minas, pudiendo el Estado subrogarse en los derechos del adquirente, derecho éste de difícil adaptación a la materia que nos ocupa:

La autorización de la Administración es necesaria para todo acto de transmisión y gravamen de una concesión y por lo tanto, para la constitución de una hipoteca sobre la misma. Si falta ésta nos hallamos en presencia de un contrato de hipoteca perfecto, pero sometido a la espera de un requisito esencial para su eficacia, que será inscribible en el Registro conforme al artículo 98 del Reglamento Hipotecario.

La autorización administrativa es en cambio incompatible con la constitución "mortis causa" de la hipoteca, por impedirlo la naturaleza del testamento.

Tanto la autorización (aceptación previa) como la aprobación (aceptación posterior) son actos administrativos que contienen elementos discrecionales y reglados.

VI. CONSTITUCION DE LA HIPOTECA DE CONCESIONES

Por ser un derecho de inscripción constitutiva, requiere la inscripción en el Registro de la Propiedad para llegar a existir, por lo tanto es necesario que la concesión sobre la que recaiga esté previamente inscrita.

Es título inscribible la escritura pública en la que se pacte la hipoteca, que puede incluir la necesaria referencia a la autorización administrativa o acreditarse ésta por documento aparte.

VII. EXTENSION OBJETIVA DE LA HIPOTECA

La hipoteca se extiende a la concesión, según los límites físicos y jurídicos que resulten del asiento hipotecario, como "res universa".

Las alteraciones de la concesión con la correspondiente autorización administrativa, podrán reflejarse en el Registro, pero únicamente afectarán al acreedor hipotecario cuando las consienta, en tanto en cuanto sean posteriores a la inscripción de la hipoteca. Naturalmente, es necesario su consentimiento para la práctica del asiento.

Como regla general, las alteraciones de la realidad objetiva de la concesión afectan al acreedor hipotecario en igual medida que en las hipotecas ordinarias.

VIII. LA OBLIGACION PRINCIPAL

El objeto de la hipoteca es garantizar el cumplimiento de una obligación. Es un derecho de carácter accesorio que supone necesariamente la existencia de una obligación principal.

MARCIANO, con referencia al Derecho romano, reconocía con gran amplitud, que se puede dar en hipoteca una cosa por cualquier obligación, ya sea pura condicional o a término y también con motivo de una obligación futura.

Esta gran amplitud de criterio se refleja también en nuestro Derecho positivo; el artículo 1.861 del Código civil establece que la hipoteca puede asegurar "toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria".

No cabe duda que estas afirmaciones son aplicables a la hipoteca de concesiones con dos limitaciones: que el pliego de condiciones y los límites concretos que la Administración o la Ley reconozcan a cada concesión en particular no establezcan restricción en cuanto a las obligaciones que puede asumir el concesionario, y que la Administración, al prestar su consentimiento a la hipoteca acepte las estipulaciones de las partes relativas a la materia que nos ocupa.

Esto último nos plantea el problema de si es posible o si será admisible la hipoteca de concesiones en garantía de obligaciones de un tercero, o si una concesión administrativa puede hipotecarse en garantía de obligaciones, aunque sean del concesionario, ajenas a la concesión.

No obstante es este un punto que estimamos debe estar sometido a la discrecionalidad administrativa. Como regla general creemos que el criterio restrictivo debe predominar en aquellas concesiones que, como en las de obras públicas y servicios públicos, el fin público aparece en primer plano, mientras que en aquellas otras en que éste aparece en segundo lugar, como las de dominio en las que el interés público es sólo reflejo teniendo una eficacia interna, parece que no hay inconveniente en mantener criterios de mayor amplitud.

En cuanto a las hipotecas en garantía de títulos nominativos o al portador, tan frecuente en nuestros días, únicamente cabe señalar que no se da especialidad alguna por el hecho de que el objeto gravado sea una concesión administrativa.

IX. EFECTOS DE LA HIPOTECA SOBRE CONCESIONES

Constituida la hipoteca, produce el efecto fundamental de vincular el valor económico de la cosa a la efectividad de un crédito.

El titular de una hipoteca de concesiones tiene, en general, los mismos derechos que el titular de una hipoteca ordinaria, pero la especial naturaleza de los bienes de dominio público que son objeto de la concesión, no puede dejar de influir en la relación jurídica nacida de la hipoteca y en los derechos y deberes del constituyente y del acreedor hipotecario.

En el supuesto de la *acción de devastación*, cuando el concesionario intenta desvalorizar la concesión con dolo, culpa o voluntad, se plantea el problema de determinar si el acreedor hipotecario puede impedir estos actos en virtud del procedimiento que establece el artículo 117 de la Ley Hipotecaria. Ciertamente,

que es la Administración la encargada de velar por los intereses públicos que están implicados en la concesión, pero en el caso que contemplamos se trata, no de un interés público, sino de un interés privado: el del acreedor hipotecario. En orden a la prueba de los actos perjudiciales del concesionario, no hay inconveniente en admitir que el Juez de 1.^a Instancia pueda aceptar la solicitud del acreedor hipotecario de que se admita la justificación sobre el deterioro y disminución del valor de la concesión hipotecada por dolo o culpa o voluntad del concesionario y si se probase la exactitud de tales hechos y fundado el temor de que sea insuficiente la hipoteca, se dictará providencia ordenando al concesionario que se abstenga en sus actos u omisiones dañosos.

En materia de hipoteca de concesiones no siempre interesa directamente al acreedor hipotecario la conservación del valor en cambio de la cosa, sino la del volumen de rendimiento (aunque en la práctica sean normalmente conceptos interdependientes). El Juez de 1.^a Instancia competente podrá ordenar al concesionario o entidad concesionaria hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño, siempre que no exceda de las obligaciones del concesionario, por lo que se deberá tener en cuenta las condiciones de la adjudicación para no alterar en ningún caso la relación fundamental y básica concesionario-administración.

La posibilidad de poner el inmueble (en este caso la concesión) en *administración judicial* que prevé el artículo 117 de la Ley Hipotecaria para las hipotecas ordinarias, es una cuestión más espinosa.

En principio no se puede dudar de la competencia de los tribunales civiles para resolver una materia que, como ésta, es una materia civil, también en principio; pero no se puede desconocer la grave implicación administrativa que lleva consigo. La elección de la persona o entidad concesionaria que es la que administra la concesión en circunstancias normales, se lleva a término mediante un procedimiento administrativo, generalmente de concurso, y se exigen rigurosas condiciones de capacidad y compatibilidad, ya que a la Administración no le es indiferente la persona del concesionario; y en caso de transmisión de la concesión se requiere el consentimiento de la Administración concedente.

Este problema no aparece resuelto en nuestra legislación y ante la imposibilidad de aplicar el procedimiento análogo, puesto que no existe ninguna institución análoga, hay que afirmar que el Juez de 1.^a Instancia carece de facultades para poner la concesión en administración judicial.

La *ampliación de la hipoteca por intereses* dentro de los límites legales puede realizarse en los mismos términos que en las hipotecas ordinarias. No es necesario el consentimiento de la Administración, pues se trata de un derecho que reconoce la Ley al acreedor hipotecario y aquella al consentir la hipoteca la admite con todas sus consecuencias legales. Por la misma razón tampoco se requiere el consentimiento de la Administración para la *posposición* de la hipoteca.

El Derecho de hipoteca es susceptible de *enajenación y gravamen*, pero en ningún caso puede enajenarse con independencia del crédito asegurado, ya que constituye un elemento accesorio de éste por lo que la cesión del crédito provoca la transmisión de la hipoteca, siendo necesario el consentimiento de la Administración, además del cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley Hipotecaria.

Por último, el acreedor hipotecario tiene derecho a que *no se altere* la concesión, en relación con la regla "ne varietur" ostentando a estos efectos la posibilidad de ejercitar derechos de naturaleza civil y administrativa.

X. EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA DE CONCESIONES

La hipoteca de concesiones se extingue por las causas generales y especialmente a través de la extinción de la concesión.

a) *Por extinción de la concesión:*

Esta puede tener lugar por reversión, rescate o caducidad-sanción.

La *reversión* es el modo normal de extinguirse las concesiones temporales. Por ello no da lugar a indemnización en favor del concesionario, ya que es un dato que ha debido tenerse en cuenta para elaborar la fórmula económica, pero sí deberá indemnizar la Administración el valor del material de no concesión que se considere útil para la prestación del servicio.

El *rescate* supone la transferencia a la Administración concedente de la explotación del servicio por acto de imperio, antes del transcurso del plazo concesional con la correspondiente indemnización.

La *caducidad-sanción* supone la extinción de la concesión basada en una presunción de culpa del concesionario desde que se prueba la infracción de los términos de la misma y éste, únicamente invocando una causa de fuerza mayor, puede exonerarse de tal presunción. Nuestro Derecho positivo acepta el principio de indemnización al concesionario, incluso en los supuestos en que la concesión se extingue por esta causa.

Siempre que el concesionario tenga derecho a una indemnización por razón de la concesión hipotecada, aquella queda subrogada en el lugar de ésta, pero el derecho del acreedor hipotecario se transforma en una prenda de dinero o de crédito, según haya sido o no satisfecha dicha indemnización.

b) *Por ejecución:*

En caso de incumplimiento de la obligación asegurada con la hipoteca, el acreedor puede proceder contra la concesión. No existe especialidad en cuanto a los procedimientos aplicables a la ejecución de hipotecas sobre concesiones de dominio, pero para concurrir a la subasta se requieren las condiciones exigidas para ser concesionario en sus respectivos casos.

El procedimiento judicial sumario es aplicable a la hipoteca concesional cuando la Administración lo haya admitido al pactarse la hipoteca y lo mismo ocurre con el procedimiento extrajudicial.

La administración interina de la concesión hipotecada que puede solicitar el acreedor al amparo de la regla 6.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria que regula el procedimiento judicial sumario, sólo podrá tener lugar cuando dicho acreedor reúna los requisitos necesarios para ser concesionario y haya sido admitido por la Administración al prestar su consentimiento a la hipoteca.

En cuanto a las hipotecas de obras y las de servicios públicos, el procedimiento se dirige exclusivamente sobre los rendimientos líquidos que obtenga la empresa concesionaria conforme a la Ley de 12 de noviembre de 1869. En realidad y habida cuenta de que toda concesión así de obras y servicios públicos como de dominio público es enajenable, ningún principio científico funda la diferencia de trato y sería conveniente una normativa general que disciplinase las consecuencias prácticas del principio de realizabilidad de las hipotecas de concesiones

a través de la enajenación de las mismas con las garantías necesarias para el funcionamiento del servicio público en su caso.

XI. CONCLUSIONES

I. La concesión, como derecho subjetivo, es un derecho real administrativo no catalogable entre los derechos reales tradicionalmente conocidos en el Derecho civil. Es un derecho real distinto: una concesión administrativa.

II. Los caracteres de la hipoteca se dan, naturalmente en la hipoteca sobre concesiones administrativas, pero con dos limitaciones:

1.º El principio de realizabilidad debe adaptarse a las características especiales de ejecución de las hipotecas sobre concesiones de obras y de servicios públicos que recaen sobre los rendimientos líquidos.

2.º La hipoteca de concesiones es siempre una hipoteca inmobiliaria que nace, vive y se extingue en íntima relación con el Registro de la Propiedad.

III. Para que las concesiones administrativas sean hipotecables se requiere que tengan la consideración de inmuebles y sean susceptibles de inscripción. Reúnen estos caracteres por recaer sobre bienes inmuebles de dominio público, las concesiones de dominio, las de obras públicas y las de servicios públicos cuando el concesionario venga obligado a construir obra pública o se le entregue ya realizada para los fines de la concesión.

IV. No se requieren condiciones especiales de capacidad para ser hipotecante, bastando la cualidad de concesionario. Tampoco se exigen para ser acreedor hipotecario. Por excepción es necesario la nacionalidad española para ser titular por acto "inter vivos" de una hipoteca sobre concesión minera. No es necesario si la adquisición se verifica "mortis causa". Se hace necesaria una regulación más lógica y consecuente de esta materia.

V. El contrato de hipoteca requiere autorización administrativa. Si falta ésta no puede decirse que se trata de un contrato nulo ni siquiera anulable. Se trata de un contrato a la espera de un requisito esencial para su obligatoriedad. El contrato se perfecciona por el consentimiento de las partes, pero no obliga hasta que recaen la aprobación administrativa.

VI. La autorización o aprobación administrativa necesaria para la plena eficacia del contrato de hipoteca de concesiones, es un acto administrativo que contiene elementos discrecionales y reglados.

VII. La falta de autorización o aprobación administrativa no impide la inscripción del contrato de hipoteca, pero el Registrador deberá hacer la reserva explícita de no haberse justificado la misma y la advertencia de que pasados dos años será cancelada de oficio o a instancia de parte, si antes no se hizo constar el referido requisito.

VIII. Para que pueda constituirse la hipoteca de concesiones, es necesario que la concesión sobre la que recaiga conste inscrita en el Registro de la Propiedad. La hipoteca se extiende a la concesión según los límites físicos y jurídicos que resulten del asiento hipotecario.

IX. Como regla general, las alteraciones de la realidad objetiva de la concesión afectan al acreedor hipotecario en igual medida que en las hipotecas ordinarias.

X. La constitución de hipoteca de concesiones en garantía de una obligación ajena a la concesión, está sometida a la discrecionalidad administrativa.

XI. La hipoteca de concesiones en garantía de obligaciones nominativas o al portador no presenta verdadera especialidad. Para hacer constar en el Registro de la Propiedad la transmisión de la obligación hipotecaria nominativa, es necesaria siempre escritura pública notarial.

XII. El titular de una hipoteca de concesiones tiene, en general, los mismos derechos que el titular de una hipoteca ordinaria. Puede ejercitar la acción de devastación, pero el Juez de 1.^a Instancia no puede poner la concesión en administración judicial.

XIII. La ampliación de hipoteca por intereses, dentro de los límites legales, no requiere el consentimiento de la Administración. La posposición de la hipoteca de concesiones tampoco exige dicho consentimiento.

XIV. El acreedor tiene derecho a que no se altere la concesión en relación con la regla "ne varietur", ostentando al efecto derechos civiles y administrativos.

XV. La cesión del crédito hipotecario exige el consentimiento de la Administración a través de la correspondiente autorización o aprobación.

XVI. La hipoteca de concesiones se extingue por las causas generales y especialmente, a través de la extinción de la concesión por reversión, rescate o caducidad. Siempre que el concesionario tenga derecho a una indemnización por razón de la concesión hipotecada, aquella queda subrogada en el lugar de ésta, pero el derecho del acreedor hipotecario se transforma en una prenda de dinero o de crédito, según haya sido o no satisfecha la indemnización.

XVII. La ejecución de la hipoteca por incumplimiento de la obligación, recae en las concesiones de obras y en las de servicios públicos, sobre los rendimientos líquidos. En caso de concesiones de dominio, la ejecución se realiza, en general, a través del embargo y enajenación de las mismas en pública subasta. En este caso es necesaria la homologación administrativa que supone un acto reglado.

XVIII. No existe especialidad en cuanto a los procedimientos aplicables a la ejecución de hipotecas sobre concesiones de dominio, pero para concurrir a la subasta se requieren las condiciones exigidas para ser concesionario en sus respectivos casos.

XIX. El procedimiento judicial sumario es aplicable a la hipoteca de concesiones cuando la Administración lo haya admitido al pactarse la hipoteca. Lo mismo ocurre con el procedimiento extrajudicial.

XX. La administración interina de la concesión hipotecada que puede solicitar el acreedor al amparo de la regla sexta del artículo 131 de la Ley Hipotecaria que regula el procedimiento judicial sumario, sólo podrá tener lugar cuando dicho acreedor reúna los requisitos necesarios para ser concesionario y haya sido admitida por la Administración al prestar su consentimiento a la hipoteca.

SUMARIO

- I. INTRODUCCION.
- II. LA CONCESION ADMINISTRATIVA COMO DERECHO SUBJETIVO.
- III. NATURALEZA JURIDICA DE LA HIPOTECA.
- IV. CONCESIONES HIPOTECABLES.
- V. LOS SUJETOS DE LA HIPOTECA SOBRE CONCESIONES.
- VI. LA CONSTITUCION DE LA HIPOTECA DE CONCESIONES.
- VII. EXTENSION OBJETIVA DE LA HIPOTECA.
- VIII. LA OBLIGACION PRINCIPAL.
- IX. EFECTOS DE LA HIPOTECA SOBRE CONCESIONES.
- X. EXTINCION DE LA HIPOTECA DE CONCESIONES:
 - a) *Por extinción de la concesión.*
 - b) *Por ejecución.*
- XI. CONCLUSIONES.