

La hipoteca de la concesión de obra pública y su conexión con la normativa hipotecaria

SUMARIO: I. LA HIPOTECA DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA COMO MODALIDAD DE «PROJECT FINANCE».—II. CONCEPTO DE CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA: a) CON ARREGLO AL DERECHO VIGENTE; b) EN EL PROYECTO DE LEY DE OBRAS PÚBLICAS.—III. NATURALEZA JURÍDICA: a) RÉGIMEN JURÍDICO DISTINTO DE LAS CONCESIONES DEMANIALES Y DE LAS DE SERVICIOS; b) NATURALEZA DE LA CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS; c) DIFERENCIA CON LAS AUTORIZACIONES.—IV. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—V. CARACTERES.—VI. LA CONCESIÓN DE LA EJECUCIÓN URBANÍSTICA POR SISTEMA DE EXPROPIACIÓN.—VII. DERECHOS Y DEBERES DEL CONCESIONARIO DE OBRAS PÚBLICAS.—VIII. SANCIONES EN CASO DE INCUMPLIMIENTO.—IX. LA HIPOTECA DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA COMO MODALIDAD DE FINANCIACIÓN DEL CONCESIONARIO: a) LA EMISIÓN DE OBLIGACIONES Y BONOS; b) OBLIGACIONES Y BONOS HIPOTECARIOS; c) TITULIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE CRÉDITO DEL CONCESIONARIO; d) CRÉDITOS PARTICIPATIVOS; e) HIPOTECA DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA.—X. LA HIPOTECA DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA COMO HIPOTECA ESPECIAL.—XI. CONSTITUCIÓN: a) FORMA; b) OBLIGATORIA INSCRIPCIÓN PREVIA DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA Y FACULTATIVA INSCRIPCIÓN PREVIA DE LOS BIENES AFECTOS; c) CONSENTIMIENTO PREVIO DE LA ADMINISTRACIÓN CONCEDENTE; d) NECESARIA RELACIÓN DE LA OBLIGACIÓN ASEGURADA CON LA CONCESIÓN; e) LUGAR DE INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA; f) DISTRIBUCIÓN.—XII. DERECHOS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO: a) DURANTE LA FASE DE PENDENCIA. LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA DE DEVASTACIÓN; b) DURANTE LA FASE DE EJECUCIÓN: PECULIARIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN INTERINA.—XIII. EJECUCIÓN.—XIV. CANCELACIÓN DE LA HIPOTECA: a) CADUCIDAD DE LA CONCESIÓN POR TRANSCURSO DEL PLAZO; b) CANCELACIÓN POR RESOLUCIÓN; c) DERECHO A SUBROGARSE EN LA POSICIÓN DEL CONCESIONARIO EN CASO DE RESOLUCIÓN.—XV. LA HIPOTECA DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS EN SUPUESTOS ESPECIALES.

I. LA HIPOTECA DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA COMO MODALIDAD DE «PROJECT FINANCE»

La concesión administrativa y su hipoteca como forma de financiación de la realización de grandes obras públicas tiene un gran interés tanto desde una perspectiva jurídica como económica.

Se trata de una materia insuficientemente regulada en el Derecho vigente y que afronta con decisión el Proyecto de Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas, por el que se modifica la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por RDL 2/2000, de 16 de junio (Proyecto publicado en el BOCG de 21 de junio de 2002).

El objeto del presente trabajo es analizar esta figura a la luz del Derecho vigente y del proyectado.

Desde una perspectiva económica, la hipoteca de concesión de obras públicas podría encuadrarse dentro de las formas de financiación de proyectos conocidas como «Project finance».

Ante la insuficiencia del valor del inmueble para asegurar la totalidad de la operación a través de un préstamo hipotecario (a veces el valor del suelo representa un porcentaje mínimo del valor de la operación), el «project finance» supone un método de financiación en el que la garantía la constituye el proyecto inmobiliario en sí. Es el propio proyecto empresarial el que sirve de garantía para la devolución de los créditos.

Normalmente el «Project finance» exige la constitución de una sociedad *ad hoc* específica que, como titular del proyecto, obtiene financiación. Con ello se consigue que los accionistas de la empresa promotora que realmente está detrás de la inversión, queden indemnes frente los riesgos derivados de la ejecución de la obra.

Esta forma de financiación, normalmente aplicada a grandes proyectos empresariales, supone la configuración jurídica autónoma del propio proyecto empresarial, que es el que se da en garantía, de manera que ante un eventual impago de los créditos obtenidos para la financiación de la obra, es el propio proyecto en sí (con sus correspondientes licencias, obras ya realizadas, posibilidad de explotación futura de las obras en ejecución) el que es objeto de realización para la satisfacción del crédito.

Tiene esta forma de financiación grandes ventajas: diversificación del riesgo, obtención de financiación sin comprometer el patrimonio ni el crédito de los promotores, posibilidad de obtención de fondos que difícilmente se conseguirían de otro modo, dada su cuantía, etcétera. Se suelen citar entre los inconvenientes, la dificultad de diseño de la operación y costes de transacción adecuados, que se sitúan entre el 1 y el 2 por 100 del volumen de la operación, debido precisamente a la complejidad de la operación.

¿En qué contexto se sitúa la hipoteca de concesión administrativa de obras públicas? Pues bien, tal hipoteca supone la aplicación concreta y práctica, un ejemplo clarísimo de «Project finance».

La posibilidad de hipotecar la concesión administrativa de una obra pública permite que el propio objeto de la financiación, que es la realización y explotación de una obra pública en régimen de concesión, sirva de base y garantía a la financiación misma.

Sin embargo, es desde la perspectiva jurídica donde la figura alcanza su máximo interés.

II. CONCEPTO DE CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

a) CON ARREGLO AL DERECHO VIGENTE

El contrato de concesión de obras públicas es una modalidad del contrato de obras con la Administración Pública que se caracteriza porque la contraprestación de quien se encarga de construir la obra consiste en el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra o en dicho derecho acompañado del derecho a percibir un precio (art. 130 del RDL 2/2000).

Hoy en día, con arreglo al Derecho vigente, se puede decir que la concesión de obra pública tiene por objeto la realización de obras en bienes demaniales públicos, a cambio de la explotación en régimen de concesional de tales obras públicas, pudiendo el concesionario recibir además aportaciones dineradas públicas.

Es decir, como todo contrato de obras con la Administración Pública tiene por objeto (vid. art. 120 RDL):

- a) la construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble, tales como carreteras, ferrocarriles, puertos, canales, presas, edificios, aeropuertos, bases navales, defensa de litoral y señalización marítima, monumentos, instalaciones varias y cualquier otra análoga de ingeniería civil;
- b) realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o subsuelo, como dragados, sondeos, prospecciones, regeneración de playas u otros análogos;
- c) reforma, reparación, conservación o demolición de las anteriores.

b) EN EL PROYECTO DE LEY DE OBRAS PÚBLICAS

El concepto de contrato de concesión de obras públicas se amplía en el Proyecto de Ley de Obras Públicas, de manera que se entiende por contrato

de concesión de obras públicas aquél en cuya virtud la Administración Pública o Entidad de Derecho Público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación de las obras públicas —anteriormente reseñadas— o en general aquéllas que siendo susceptibles de explotación sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio (art. 220.1 del Proyecto de Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas).

Con esto, el objeto del contrato no sólo puede ser la construcción de obras públicas a cambio de su explotación en régimen concesional, sino que puede tener por objeto exclusivo tal explotación de obras públicas o servicios públicos.

En cualquier caso, la contraprestación a la construcción consiste en que el adjudicatario tendrá derecho a la explotación de la obra pública (resarciéndose con sus rendimientos) o a ese derecho acompañado del de percibir un precio.

En el Proyecto se admite que la retribución al concesionario pueda consistir en el precio que abone el usuario o la Administración por la utilización de la obra, así como en los rendimientos procedentes de la explotación de zonas comerciales vinculadas a la concesión o por aportaciones de la propia Administración (art. 225 proyecto).

III. NATURALEZA JURÍDICA

La doctrina hipotecarista siempre ha distinguido dos grandes clases de concesiones para diferenciar su régimen jurídico y su inscribibilidad en el Registro de la Propiedad: las concesiones demaniales y las de servicios públicos.

a) RÉGIMEN JURÍDICO DISTINTO DE LAS CONCESIONES DEMANIALES Y DE LAS DE SERVICIOS

Así, desde la perspectiva de su régimen jurídico, PAREJO GAMIR las distingue, diciendo que la concesión administrativa sobre bienes demaniales se entiende que es generadora de un derecho real administrativo, libremente transmisible tanto *inter vivos* como *mortis causa*, mientras que la concesión de servicios tiene carácter *intuitu personae* y no puede transmitirse a tercero sin autorización previa de la Administración concedente (1).

(1) PAREJO GAMIR, ROBERTO, *La transmisión y gravamen de concesiones administrativas*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, Conferencia pronunciada el 28 de febrero de 1985.

La concesión administrativa es la fórmula normal para la utilización privativa de bienes demaniales públicos. No cabrían otros instrumentos jurídicos, salvo que se procediera a la previa desafectación de los bienes demaniales. En este sentido cabe destacar la Resolución de la DGRN, de 5 de abril de 2002, que —para supuestos de aparcamiento existentes bajo suelo público— introduce en nuestro Derecho la posibilidad de que volúmenes edificables de terrenos abran folio registral y que puedan tener tratamiento jurídico privado previa desafectación de los mismos y que aunque se sitúen bajo suelo demanial público, que no se verá afectado (2).

Lo que nunca puede es que un particular sea titular de bienes demaniales públicos, aunque sea una sociedad municipal a la que se aporten (3).

b) NATURALEZA DE LA CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

En nuestro Derecho, como luego desarrollaremos más ampliamente, la concesión de obras públicas podría catalogarse como de naturaleza mixta; se acerca a la concesión demanial en cuanto supone la realización y explotación de una obra pública, es decir, obras sobre bienes públicos; y se acerca a la concesión de servicios cuando tiene por objeto la utilización privativa de una obra pública como medio para la explotación de un servicio público o de interés general.

Lo que no cabe es un supuesto de concesión de obra pública que no implique una utilización privativa de los terrenos demaniales en que se asienta la obra pública. En esto se diferencia de la concesión de servicios públicos.

En todo caso, y así aparece plenamente confirmado en el Proyecto de Ley, la concesión de obras públicas, cualquiera que sea su contenido (realización y explotación de obra pública o prestación de servicio público en que es

(2) En la Resolución de 5 de abril de 2002, para un supuesto de construcción de aparcamientos bajo suelo público, admite que pueda desafectarse tan sólo el subsuelo que se convierte en bien patrimonial, conservando el suelo su carácter demanial y articulándose entre uno y otro un complejo inmobiliario. Para ello deben seguirse los trámites previstos en el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales para la desafectación de los bienes demaniales, acreditándose la legalidad y oportunidad de la alteración de la calificación del bien y que sea compatible con el planeamiento. La técnica hipotecaria debe ser la de hacer constar en el folio abierto al suelo público la configuración como bien patrimonial del subsuelo (de forma similar a como se haría constar la división entre dominio directo y útil); y en el folio abierto al volumen edificable de carácter patrimonial constará la finca matriz de procedencia; y en ambos las reglas del complejo inmobiliario articulado.

(3) Es el caso de la Resolución de 15 de noviembre de 1988, en el que se planteó la posibilidad de inscribir a nombre de una sociedad municipal una determinada concesión (cosa que se admitió) y al mismo tiempo los terrenos adscritos al servicio municipal de cementerio (cosa que no se admitió por ser bienes demaniales). Cuestión distinta es que se hubieran afectados a la propia concesión.

necesaria la utilización de una obra pública) es un contrato que se celebra con la Administración Pública, que genera un derecho real administrativo, eficaz *erga omnes*, susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad, pero que no es total y libremente transmisible, ya que como se estudiará más ampliamente, está sujeto a autorización administrativa previa tanto en su enajenación como en su gravamen. Así, el Proyecto regula la posibilidad de hipoteca de concesiones de obras públicas sin distinguir su contenido.

c) DIFERENCIA CON LAS AUTORIZACIONES

En cualquier caso no puede confundirse la concesión de obras públicas con las meras autorizaciones para la realización de actividades sobre bienes demaniales. Así la concesión genera un verdadero derecho real, vinculando a la Administración Pública concedente durante el plazo y en las condiciones fijadas en el pliego concesional, mientras que la autorización es libremente revocable por la Administración en cualquier tiempo y no genera derecho real alguno en beneficio del favorecido por ellas.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de abril de 1969, las diferencia:

- en atención a su contenido, las concesiones generan un auténtico derecho real, no así las meras autorizaciones;
- la concesión, a diferencia de la autorización, vincula a la Administración concedente durante un plazo fijo;
- la concesión, a diferencia de la autorización, no es libremente revocable por la Administración concedente.

Las diferencias no son, sin embargo, definitivas, ya que en ocasiones de forma expresa, aunque sea excepcional, se admite la inscripción de los actos de transmisión o gravamen de permisos o autorizaciones y no sólo de concesiones, como ocurre en materia de derechos mineros (art. 63 RH) (4).

Y además la concesión puede ser objeto de rescate, sin necesidad de causa justificada, aunque sin perjuicio del derecho a la indemnización que pudiera corresponder al concesionario (quizá en el derecho a obtener la indemnización es donde realmente radica la diferencia).

(4) Así lo confirma la Resolución de la DGRN, de 8 de octubre de 1992, según la cual es inscribible en el Registro de la Propiedad un acto de autorización de recursos mineros de la Sección A, ya que lo que importa no es la denominación dada al acto administrativo sino la verdadera naturaleza del mismo, y será inscribible si por él se constituye, reconoce o modifica un verdadero derecho real oponible a terceros y a la Administración durante su plazo de vigencia; en cambio no es inscribible si el acto

IV. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

En cuanto a su acceso al Registro de la Propiedad, la doctrina suele admitir que las concesiones administrativas sobre bienes demaniales claramente son inscribibles, mientras que las concesiones sobre servicios públicos no lo son. Como tampoco lo son las meras autorizaciones.

Cierto es que pueden existir concesiones mixtas, de obras y servicios, que no se limiten a la explotación del servicio sino que impliquen la utilización privativa de algún bien demanial, en cuyo caso también serán inscribibles.

Esto es lo que ocurre con las concesiones de obras públicas, que con arreglo al Derecho vigente son claramente inscribibles, en cuanto siempre implican utilización privativa de bienes demaniales. Lo que parece claro es que la concesión debe recaer sobre bienes demaniales y no sobre bienes patrimoniales (5).

En la configuración jurídica del Proyecto serán inscribibles todas, aún cuando se limiten a ser concesiones sobre obras públicas necesarias para la explotación de servicios públicos o de interés general (por tanto siempre que afecten a bienes inmuebles, pero esto, tratándose de obra pública, lo será siempre) (6).

Es decir, accederán al Registro de la Propiedad cuando sean concesiones demaniales propiamente dichas o de carácter híbrido, esto es, que abarquen tanto la realización de la obra como su explotación posterior; pero también —a mi juicio— lo serán cuando, limitándose a la explotación de la obra pública, impliquen utilización privativa de los bienes demaniales en que se asienta la obra pública objeto de concesión.

administrativo confiere una situación precaria o de mera tolerancia que pueda cesar en cualquier momento sin derecho de indemnización por decisión unilateral de la Administración. En el caso de las autorizaciones para la explotación de recursos mineros, conforme a la legislación de minas, la autorización tiene un especial significado sustantivo, en cuanto a aprovechamiento, cesión y caducidad; se trata, por tanto, de un acto administrativo que, como las concesiones, afecta a un derecho de aprovechamiento especial sobre bienes de dominio público y por consiguiente procede su inscripción.

(5) La Resolución de la DGRN, de 16 de julio de 2002, admitió la inscripción de una escritura de elevación a público de concesión administrativa sobre un palacio propiedad municipal en la que la sociedad concesionaria se obligaba a la rehabilitación del edificio y al pago de un canon anual; sin entrar en si cabe o no concesión sobre bienes patrimoniales —cosa que no parece posible— en base al principio de *numerus apertus* de nuestro Derecho, admite la inscripción del contrato por constituirse un derecho al uso exclusivo del bien cedido durante un plazo y a cambio de determinadas obligaciones y un canon anual, por lo que independientemente del nombre que se dé al derecho concedido —más bien parecía un arrendamiento— entendió que reúne las condiciones para su inscripción.

(6) A diferencia de las concesiones de obras públicas, no serían inscribibles las concesiones de servicios públicos no afectantes a inmuebles como las relativas a transportes, telecomunicaciones, servicios postales, etc.

El artículo 31 del Reglamento Hipotecario acoge esta idea al establecer que:

«Las concesiones administrativas que afecten o recaigan sobre bienes inmuebles, se inscribirán a favor del concesionario con la extensión y condiciones que resulten del título correspondiente».

Y establece la coordinación de los historiales jurídicos de las fincas físicas sobre los que se asienta la concesión, con el folio abierto a la concesión, esto es, con la finca funcional en que la concesión administrativa consiste (7).

Y ordena la unicidad del régimen jurídico de unas y otras, prohibiendo la inscripción de cargas sobre las fincas físicas afectas a la concesión si no recaen también sobre éstas:

«La adquisición por expropiación forzosa o por cualquier otro título de fincas o derechos inscritos que hayan quedado afectos a la concesión, se inscribirá a favor del concesionario, haciéndose constar en las inscripciones respectivas la afectación y en la inscripción de la concesión la incorporación de aquéllos por nota marginal. También se hará constar en las inscripciones y notas marginales respectivas que las fincas incorporadas quedan gravadas con las cargas a que esté sujeta o se sujete en lo futuro la concesión.

Sobre las fincas o derechos inscritos afectos a una concesión no se podrán inscribir otras cargas o gravámenes que los que recaigan sobre ésta y hayan sido autorizados por la Administración concedente» (8).

V. CARACTERES

Son así caracteres del contrato de concesión de obras públicas los siguientes:

- a) el objeto de la concesión es la realización de la obra pública, en la realización de la misma y su explotación, o solamente su explotación;

(7) La concesión administrativa abre folio registral por sí, como finca funcional o especial, de la misma manera que ocurre en supuestos especiales de derechos reales autónomos, susceptibles de negociación desvinculados de la finca física sobre la que se asientan, como ocurre con el derecho de aprovechamiento urbanístico.

(8) El asiento a practicar en caso de expropiación de fincas para su afectación a concesiones administrativas es el de inscripción y no el de nota marginal prevista en el antiguo artículo 6.º RH —art. 17 RH antes de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001— para hacer constar su carácter público, ya que esa nota marginal de adscripción como bien demanial procederá una vez que se produzca la reversión a favor de la Administración (Resolución de la DGRN, de 17 de marzo de 1972).

- b) la construcción y explotación de las obras se realizan a riesgo y ventura del concesionario, que asume los riesgos económicos derivados de su ejecución y explotación;
- c) el concesionario debe financiar la obra pública. Al respecto puede acudir a la financiación privada (emisión de títulos, préstamos hipotecarios), aunque también se admite que cuando concurren razones de rentabilidad económica o de interés general pueda aportarse recursos públicos para la financiación.

Una de las formas de financiación privada de la concesión de obra pública es la hipoteca, es decir, los préstamos asegurados con hipoteca sobre la propia concesión y sobre los bienes inmuebles afectos a la misma (sean públicos o privados).

La posibilidad de que la hipoteca abarque no sólo la concesión, sino también a los bienes demaniales afectos a la concesión, está sancionada —como veremos— en la legislación hipotecaria y se corrobora en la del proyecto, que prevé que las aportaciones públicas puedan consistir en aportaciones no dinerarias, de manera que los bienes inmuebles que se entreguen al concesionario se integrarán en el patrimonio afecto a la concesión y revertirán a la Administración en el momento de su extinción (art. 245-2 del Proyecto).

Evidentemente la reversión sólo tendrá lugar cuando los bienes afectos sean públicos y no cuando sean privados.

VI. LA CONCESIÓN DE LA EJECUCIÓN URBANÍSTICA POR SISTEMA DE EXPROPIACIÓN

Un ejemplo muy interesante de concesión administrativa de obra pública es el previsto en el artículo 211 del aún vigente Reglamento de Gestión Urbanística aprobado por Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, según el cual:

«El Estado, las Entidades Locales y las Entidades Urbanísticas podrán ejecutar los planes de ordenación a través de concesión administrativa, cuando el sistema de actuación sea el de expropiación».

Hoy en día, sabido es que tras la sentencia del Tribunal Constitucional, de 20 de marzo de 1997, la determinación y regulación de los sistemas de actuación urbanística corresponde a las Comunidades Autónomas. Pero caso de que se reconozca, como es lo normal, el de expropiación forzosa, ésta podrá llevarse a cabo en régimen de concesión, de manera que sea el concesionario quien lleve a cabo la obra urbanizadora y ejecute el plan.

Se trata de una modalidad de concesión administrativa de obra y no de gestión de servicio público, pues el objeto de la concesión es la ejecu-

ción de la obra urbanizadora por el concesionario, que se resarce luego de la inversión mediante la explotación temporal de la misma obra o de parte de ella.

Y como tal concesión de obra pública es hipotecable (9).

VII DERECHOS Y DEBERES DEL CONCESIONARIO DE OBRAS PÚBLICAS

Para entender la naturaleza de la concesión administrativa es preciso analizar los derechos y deberes derivados del otorgamiento de una concesión administrativa de obras públicas.

Estos derechos y deberes estarán recogidos en el pliego concesional y será lo que se inscriba en el Registro de la Propiedad, así como los gravámenes y transmisiones posteriores, en su caso, con la correspondiente autorización administrativa.

a) REGLAMENTO DE SERVICIOS DE 17 DE JUNIO DE 1955

a') *Derechos*

Con arreglo al Derecho vigente, si nos atenemos al Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (10), el concesionario, entre otras facultades, tiene derecho:

(9) Sin embargo, en el Ayuntamiento de Madrid no ha llegado a prosperar esta figura de la hipoteca de concesión administrativa de ejecución urbanística del sistema de expropiación, en concreto en el PERI 18.2 Barrio del Carmen, por entender, a mi juicio equivocadamente, los servicios jurídicos que el Ayuntamiento asumía un riesgo: que en el momento en que el concesionario recibiera el préstamo hipotecario, el concesionario estaría ya resarcido, de manera que en caso de incumplimiento, el Ayuntamiento tendría que emplear el dinero de la fianza en amortizar el crédito hipotecario, si las quisiera liberar de la carga y acometer la obra pendiente. Se entendió procedente así que se denegara la autorización, si bien nada impediría —se decía en el informe— que se constituyera hipoteca o cualquier otro gravamen sobre las parcelas finales que fueran surgiendo de la gestión, una vez agrupadas y parceladas, y que conforme al pliego fuera de titularidad del concesionario.

Sin embargo, se olvidaba que el Ayuntamiento puede resolver la concesión por incumplimiento, sin tener que indemnizar nada en tal caso al concesionario, y que esa resolución conlleva la de la propia hipoteca, de manera que podría acometer la obra sin carga alguna.

En definitiva, el riesgo lo tiene el acreedor hipotecario, de ahí que deba controlar qué se invierte en la obra, no debe ser objeto de entrega simultánea sino contra certificación y en todo caso —como veremos— tiene derecho a subrogarse en la concesión en caso de resolución para evitar precisamente actuaciones perjudiciales por parte del concesionario.

(10) Artículos 128 y 129.

- a) a percibir la retribución correspondiente por la prestación del servicio;
- b) a obtener compensación económica por las modificaciones que se le ordenaren introducir en el servicio;
- c) a ser indemnizado en caso de rescate de la concesión o suspensión del servicio;
- d) a recabar de la Administración los procedimientos de expropiación forzosa para la adquisición del dominio o derechos reales sobre los bienes precisos para el funcionamiento del servicio;
- e) ya utilizar la vía de apremio para la percepción de las prestaciones económicas que adeuden los usuarios (tasas y contribuciones especiales).

b') *Deberes*

Son sus deberes u obligaciones, los siguientes:

- a) prestar el servicio o explotación en la forma determinada en el título concesional;
- b) admitir al goce del servicio a toda persona que cumpla los requisitos establecidos para ello;
- c) indemnizar a terceros de los daños que ocasione el funcionamiento del servicio;
- d) no enajenar bienes afectos a la concesión que hubieren de revertir a la Administración concedente, ni gravarlos, sin autorización expresa por parte de ésta;
- e) ejercer por sí la concesión y no cederla o traspasarla a terceros sin la anuencia de la Administración concedente.

b) PROYECTO DE LEY REGULADORA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

El Proyecto de Ley regula con más detalle los derechos y obligaciones del concesionario.

a") *Derechos*

Son sus derechos los siguientes (art. 242):

- a) el derecho a explotar la obra pública y percibir la retribución económica prevista en el contrato durante el tiempo de la concesión;
- b) el derecho a mantener el equilibrio económico de la concesión, no sólo en el caso de modificación por razón de interés público, de las

condiciones de explotación, sino también cuando por fuerza mayor o por actuaciones de la Administración se determinara de forma sustancial la ruptura de la economía de la concesión (sería una aplicación indirecta de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*) o cuando se produzcan los supuestos previstos en el propio contrato concesional para su revisión;

- c) derecho de utilización de los bienes de derecho público necesarios para la construcción, modificación, conservación y explotación de la obra pública;
- d) derecho de recabar de la Administración Pública la tramitación de los procedimientos de expropiación forzosa, imposición de servidumbres y desahucio administrativo para la construcción, modificación y conservación de la obra pública, quedando los bienes y derechos expropiados afectos a la obra pública incorporados al dominio público;
- e) derecho a ceder la concesión y a hipotecarla, previa autorización administrativa del órgano de contratación;
- f) derecho a titularizar sus derechos de crédito.

b") *Deberes*

Son deberes del concesionario (art. 243 del Proyecto) los siguientes:

- a) ejecutar las obras conforme a lo dispuesto en el contrato;
- b) explotar la obra pública asumiendo el riesgo económico de su gestión;
- c) admitir la utilización de la obra pública por todo usuario en las condiciones que hayan sido establecidas de acuerdo con los principios de igualdad, universalidad y no discriminación, mediante el abono de la correspondiente tarifa;
- d) cuidar el buen orden y calidad de la obra pública y de su uso, pudiendo dictar instrucciones, sin perjuicio de los poderes de policía que correspondan al órgano de contratación;
- e) indemnizar los daños que se ocasionen a terceros por causa de ejecución de las obras o de su explotación;
- f) proteger el dominio público vinculado a la concesión.

VIII. SANCIONES EN CASO DE INCUMPLIMIENTO

En caso de incumplimiento de sus obligaciones por el concesionario, además de la imposición de sanciones por parte de la Administración con-

cedente, puede ésta proceder al secuestro temporal de la concesión, encargándose directamente de la explotación y de la percepción de los derechos establecidos. En caso de que se vuelva a reiterar el incumplimiento puede precederse a la declaración de caducidad de la concesión.

Con arreglo al Proyecto, en caso de incumplimiento por el concesionario, puede precederse de las siguientes maneras:

- a) imponiendo las sanciones económicas que se hayan previsto en el pliego de cláusulas de la concesión, sin que pueda exceder del 10 por 100 del presupuesto total de la obra durante su fase de construcción, o multas de 3.000 euros diarios;
- b) los incumplimientos graves pueden dar lugar a la resolución de la concesión en los términos previstos en el pliego;
- c) igualmente en el pliego de condiciones de la concesión pueden determinarse que los incumplimientos graves den lugar al secuestro temporal de la concesión. En efecto, la duración del secuestro la determinará el órgano de contratación, sin que pueda exceder, incluidas las posibles prórrogas, de tres años. Efectuado el secuestro, corresponde a la Administración concedente la explotación directa de la obra y la percepción de la contraprestación establecida, pudiendo utilizar el mismo material y personal que el concesionario.

IX. LA HIPOTECA DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA COMO MODALIDAD DE FINANCIACIÓN DEL CONCESIONARIO

El concesionario debe financiar la construcción de la obra pública objeto de concesión. Las formas de financiación que específicamente se regulan en el Proyecto son:

a) LA EMISIÓN DE OBLIGACIONES Y BONOS

Es la forma de apelar al crédito en el mercado de capitales.
Se caracterizan por lo siguiente:

* Estas emisiones podrán estar garantizadas con aval del Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y Organismos Autónomos.

* La emisión no requiere autorización de la Administración. Tan sólo deberá ser comunicada al órgano de contratación en el plazo máximo de un mes desde la fecha de la emisión.

* A estas emisiones le son aplicables las reglas generales de la Ley del Mercado de Valores, debiendo en consecuencia, aunque no es necesaria

autorización administrativa previa, comunicar la emisión a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, con aportación de los documentos que acrediten la emisión, las características de los valores emitidos y los derechos y obligaciones de los tenedores; deberá registrarse también por la Comisión el folleto informativo de la emisión proyectada y la auditoría de cuentas de los estados financieros del emisor (art. 26 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores).

* Los que nunca podrán emitir obligaciones serán los concesionarios que sean personas físicas, sociedades civiles, colectivas y comanditarias simples (Disposición Adicional tercera de la Ley 2/1999, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada).

b) OBLIGACIONES Y BONOS HIPOTECARIOS

Estas emisiones de obligaciones y bonos pueden estar garantizadas con hipoteca, en cuyo caso le serán aplicables las reglas generales aplicables a este tipo de hipotecas, reguladas en los artículos 154 a 156 de la Ley Hipotecaria. Merece destacar entre sus especialidades:

* En cuanto a su constitución: la escritura se inscribirá en el Registro de la Propiedad correspondiente al lugar donde radique el *arranque o cabeza* de la obra pública, haciéndose inscripciones de referencia en los demás Registros por cuyo territorio atraviere aquélla (art. 154.1).

* Entre las circunstancias propias de la constitución de la hipoteca deberán figurar: el número y valor de las obligaciones que se emitan y que se garanticen por la hipoteca; la serie o serie a que correspondan; la fecha de emisión; el plazo y forma de amortización; si son al portador debe hacerse constar que se constituye la hipoteca a favor de los tenedores presentes o futuros de la obligación. En la medida que no es necesaria la autorización previa de la Administración concedente, el Registrador no podrá exigirla, si bien suspenderá la inscripción en tanto no se le acredite que se ha practicado la notificación al órgano de contratación a que antes se ha hecho referencia. El defecto debe estimarse subsanable (11).

(11) PAREJO GAMIR, *op. cit.*, pág. 57, frente al criterio de hipotecaristas como GALINDO Y ESCOSURA, MORELL Y FERRY O ROCA SASTRE, que postulan la posibilidad de la inscripción, sostiene el carácter de defecto de las hipotecas sometidas a comunicación posterior, si ésta no se acredita. Aunque él considera que la reforma del artículo 98 del Reglamento Hipotecario por Real Decreto de 12 de noviembre de 1982 no tiene trascendencia, sí es factor decisivo, pues se han suprimido supuestos excepcionales de acceso al Registro de actos claudicantes o sometidos a algún tipo de licencia, autorización o comunicación administrativa.

* La inscripción de la emisión de las obligaciones hipotecarias se hará constar no sólo en el Registro de la Propiedad sino también en el Registro Mercantil (art. 154.3 LH; 285 TRLSA de 22 de diciembre de 1989; la referencia del art. 154.3 LH al 21.10 del Código de Comercio, tras la reforma de éste por Ley de 25 de julio de 1989, ya no se refiere expresamente a la emisión de títulos).

* En caso de transferencia de la obligación hipotecaria emitida, el Derecho Hipotecario se entiende transferido con la obligación o con el título, sin necesidad de dar conocimiento de ello al deudor, ni de hacerse constar la transferencia en el Registro (art. 151 LH).

* En caso de ejecución de algún título, subsistirán los demás, entendiéndose que el rematante las acepta y que se subroga en ellas, sin destinarse a su pago o extinción el precio de remate (art. 155 LH). Cuestión distinta es que los títulos emitidos sean letras de cambio, y la hipoteca con que se garantice afecte a varias fincas (varias concesiones, por ejemplo), ya que en tal caso será necesaria la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las fincas (como exigió la Resolución de la DGRN de 18 de diciembre de 1996), por lo que la ejecución de alguna letra no afectará para nada a las letras garantizadas con hipoteca sobre otras fincas.

* Son aplicables los supuestos de cancelación por escritura o solicitud firmada por todos los interesados que hayan cobrado sus créditos acompañadas de los títulos inutilizados; o acta notarial de estar recogida y en poder del deudor toda la emisión de los títulos debidamente inutilizados; declaración de la entidad emisora de que los títulos no han sido puestos en circulación acompañada de certificación de su contabilidad de que no han existido ingresos correspondientes al valor de los mismos, con publicación en el Boletín Oficial de la Provincia y en un diario de la localidad donde radique la concesión y en donde esté domiciliada la entidad concesionaria anunciando su propósito de solicitar la cancelación, y demás supuestos de cancelación parcial mediante acta notarial previstos en el artículo 156 LH.

* La emisión de obligaciones y bonos, cuando estén garantizados con hipoteca sobre la propia concesión, así como los créditos participativos —a los que luego nos referiremos— en cuanto cesión parcial de los derechos derivados de la concesión, deben entenderse que son inscribibles en el Registro de la Propiedad, en el folio abierto a la concesión.

C) TITULIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE CRÉDITO DEL CONCESIONARIO

El concesionario podrá titular los derechos a su favor, mediante la emisión de valores que representen la participación en uno o varios de tales derechos.

Sería una fórmula parecida a las emisiones de obligaciones a que se ha hecho referencia anteriormente, pero con la diferencia de que el que suscriba los títulos tendrá como garantía de la devolución de su inversión, los créditos del concesionario derivados de la concesión misma (tarifas de usuarios, aportaciones públicas, etc.).

Por eso se prevé que la cesión de estos derechos se formalice en escritura pública y su suscripción y tenencia se hará constar en el Registro de la Propiedad por nota marginal, en la inscripción de la concesión correspondiente, de forma parecida a lo que respecto de los bonos hipotecarios prevé la Ley de Mercado Hipotecario y su Reglamento con relación a los préstamos hipotecarios afectos (cfr. art. 50 del Reglamento de 17 de marzo de 1982).

La emisión de estos títulos, a diferencia de la emisión de obligaciones, requiere autorización administrativa. Por lo que su omisión será determinante de una calificación denegatoria por parte del Registrador como defecto insubsanable (12).

Los créditos incorporados a valores emitidos para la financiación privada de obras públicas tendrán el carácter de separables en caso de quiebra del concesionario y sus tenedores tendrán para el cobro de sus créditos el mismo orden de prelación que el acreedor hipotecario, incluso en el supuesto en que la Administración asuma la deuda correspondiente.

Es de destacar al respecto como el Proyecto de Ley concursal mantiene el crédito hipotecario como crédito singularmente privilegiado de primer grado, que es el mismo que tendrían los tenedores de estos títulos. Esto es, serían los primeros en cobrar con cargo a los propios créditos contra la Administración del concesionario. Aunque se suspende la posibilidad de ejercer separadamente la acción derivada de este crédito privilegiado en tanto no se apruebe un convenio con el suspenso cuyo contenido no afecte al ejercicio de ese derecho (convenio que exigiría que el acreedor hipotecario prestara su consentimiento) o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación (art. 55 del Proyecto de Ley concursal, *BOCG* de 23 de julio de 2002).

En cualquier caso debe quedar claro que la titulización tendrá la preferencia derivada de su constatación en el Registro de la Propiedad, de manera que sin reflejo registral nunca tendría preferencia frente a una hipoteca inscrita sobre la concesión.

(12) Debe tenerse en cuenta, para esta calificación denegatoria, el carácter de previa que tiene que tener esta autorización.

d) CRÉDITOS PARTICIPATIVOS

Se admiten los créditos participativos para la financiación de la construcción y explotación, o sólo la explotación de las obras públicas objeto de concesión. En tal caso, la participación del prestamista se producirá sobre los ingresos del concesionario.

A mi juicio son verdaderas cesiones parciales de los derechos de crédito del concesionario. Nada regula el Proyecto respecto de su constitución, pero habrá de entenderse que están sujetos a libertad de forma; si se pretende su acceso al Registro de la Propiedad (por su naturaleza de cesión parcial de los derechos derivados de la concesión deben ser inscribibles) sí que deberán formalizarse en escritura pública. Sería una forma de financiación similar a las participaciones hipotecarias en la Ley de Mercado Hipotecario.

e) HIPOTECA DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA

Finalmente el Proyecto regula específicamente la hipoteca de concesión de obras públicas como medio de financiación privado del concesionario, dedicándole la Sección 2.^a (hipoteca de concesión) del capítulo IV (financiación privada) del título V (del contrato de concesión de obras públicas) del Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

X. LA HIPOTECA DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA COMO HIPOTECA ESPECIAL

La hipoteca de la concesión es así uno de los medios de financiación privada del concesionario.

La gran especialidad de la hipoteca de concesión de obras públicas, además de la citada desde la perspectiva económica (la de que permite la financiación de la obra pública con el propio proyecto, esto es, con la concesión misma, sin necesidad de afectar otros bienes o derechos en garantía de la financiación requerida) es que rompe con la regla general de que sólo los bienes inmuebles y derechos reales sobre los mismos que sean transmisibles pueden ser hipotecados.

En efecto, el artículo 106 de la Ley Hipotecaria establece que pueden ser hipotecados los bienes inmuebles susceptibles de inscripción y los derechos reales enajenables sobre los mismos bienes.

No cabe duda de que las concesiones administrativas tienen la consideración de bienes inmuebles. Son bienes inmuebles no por naturaleza sino bienes inmuebles por ficción legal; fincas funcionales o especiales. Así el

artículo 334-10 del Código Civil dispone que son bienes inmuebles las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

Sin embargo es más discutible que puedan ser considerados bienes inmuebles enajenables, ya que como hemos visto su enajenación o gravamen, tanto con arreglo al Derecho vigente como al proyectado, exigen autorización administrativa.

Pero lejos de ser incluida entre los derechos reales no hipotecables en el artículo 108 de la Ley Hipotecaria (que precisamente recoge supuestos de no hipotecabilidad por no ser derechos enajenables, como son las servidumbres contempladas junto con las concesiones en el art. 334-10 del Código Civil), la legislación hipotecaria expresamente incluye las concesiones administrativas entre los derechos hipotecables.

En efecto, el artículo 107, párrafo 6.º de la Ley Hipotecaria establece que:

«Podrán hipotecarse las concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público y los edificios o terrenos que no estando directa o exclusivamente destinados al referido servicio pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen agregados a aquellas obras, quedando pendiente la hipoteca, en el primer caso, de la resolución del concesionario».

Desarrolla este precepto el artículo 175-3.º del Reglamento Hipotecario, al regular la hipoteca de concesión de obras públicas dentro de los supuestos de cancelación sin necesidad de consentimiento del titular registral, esto es, dentro de los supuestos previstos en el artículo 82, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria de cancelación por disposición de la ley o por resultar del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción. Dispone, en efecto, ese artículo 175-3.º, que:

«Las inscripciones de hipotecas sobre obras destinadas al servicio público, cuya explotación conceda el Gobierno y que estén directa y exclusivamente afectas al referido servicio, se cancelarán, si se declarase resuelto el derecho del concesionario, en virtud del mismo título en que se haga constar esa extinción y del documento que acredite haberse consignado en debida forma para atender el pago de los créditos hipotecarios inscritos, el importe de la indemnización que en su caso deba percibir el concesionario».

Si se tiene en cuenta que la concesión administrativa no es transmisible sin consentimiento de la Administración Pública concedente, ¿cómo es posible que se admita su hipoteca?

Para resolver esta cuestión debe acudir a la evolución de la normativa existente.

En la época del Código Civil la concesión administrativa era entendida como bien inmueble libremente transmisible. A diferencia de la concesión de servicios públicos que desde el principio se configuró como una figura *intuitu personae* y no puede transmitirse sin consentimiento de la Administración concedente, la concesión administrativa sobre bienes demaniales era entendida como un derecho libremente transmisible.

Así, la Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, en su artículo 103, se disponía que:

«El concesionario podrá transferir su concesión o enajenar las obras libremente, pero entendiéndose que el que le sustituye en sus derechos le sustituye también en las obligaciones que le imponen las cláusulas de la concesión y quedando subsistente las garantías que han de hacer efectiva su responsabilidad. De la enajenación o transferencia de los derechos correspondientes al concesionario se dará cuenta al Ministerio de Fomento o a la Corporación que hubiera dictado la concesión a los efectos oportunos».

Se partía por tanto de una libre transmisibilidad de las concesiones administrativas sobre bienes demaniales, que sólo se sometían al requisito *a posteriori* de su comunicación a la Administración. Esto justificó que las concesiones administrativas de obras públicas se admitieran como objeto de hipoteca por la legislación hipotecaria.

La libre transmisibilidad de las concesiones administrativas fue mermándose vía limitación a su transmisión, sin consentimiento de la Administración concedente en el título concesional.

De ahí que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas 13/1995, de 18 de mayo y el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no contienen un precepto similar al 103 de la Ley de 1877, que consagre la libre transmisibilidad de las concesiones administrativas sobre obras públicas, sino que por el contrario la someten a autorización administrativa.

Así el artículo 114 del RDL 2/2000, permite la cesión de los contratos con las Administraciones Públicas (entre ellas el de concesión de obras públicas) siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato;
- b) que la administración concedente autorice expresamente y con carácter previo la cesión;
- c) que el cedente haya ejecutado al menos un 20 por 100 del contrato;

- d) que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y no haya sido inhabilitada para contratar,
- e) y que se formalice la cesión en escritura pública.

El Proyecto de Ley Reguladora de Concesión de Obras Públicas (BOCG de 21 de junio de 2002) que añade todo un nuevo Título V al Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, mantiene los requisitos generales del artículo 114, al señalar en su artículo 242, entre los derechos del concesionario, el de ceder la concesión de acuerdo con lo previsto en el artículo 114 de la citada Ley y a hipotecar la misma, previa autorización administrativa, en ambos casos, del órgano de contratación.

Es decir, la hipoteca de concesión administrativa, al igual que la enajenación voluntaria, está sometida a previa autorización administrativa.

No es, sin embargo, el único supuesto de derecho real inscribible en el Registro, de transmisibilidad limitada, que es hipotecable. Piénsese en la figura del arrendamiento financiero inmobiliario o leasing, cuya hipotecabilidad ha sido admitida por la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 26 de octubre de 1998, con la particularidad de que preste su consentimiento a ello el arrendador financiero. El Centro Directivo entiende que el derecho del arrendatario tiene carácter real y oponible *erga omnes*, que es algo más que un mero derecho de arrendamiento unido a una opción de compra, y que en consecuencia es hipotecable siempre que conste el consentimiento del arrendador.

De la misma manera cabrá hipotecarse la concesión administrativa de obra pública, siempre que conste la previa autorización de la Administración concedente.

XI. CONSTITUCIÓN

a) FORMA

La hipoteca sobre concesión administrativa deberá formalizarse en escritura pública. A diferencia de la propia concesión, en la que el título inscribible puede ser tanto la escritura pública como el título mismo de la concesión, esto es, la resolución administrativa de concesión en la que se incorporen literalmente las condiciones generales y las condiciones particulares y económicas (art. 60 del Reglamento Hipotecario), la hipoteca sobre la concesión (en garantía de la financiación obtenida a través de un préstamo o de una emisión de títulos) debe otorgarse en escritura pública.

La exigencia de escritura pública para toda transmisión en general, es exigida por el artículo 114 del vigente RDL 2/2000 de Contratos de las

Administraciones Públicas. Por lo que la hipoteca, como transmisión anticipada que es (es de esencia de la hipoteca que vencida la obligación, el acreedor pueda instar la enajenación de la garantía, cfr. art. 1.858 del Código Civil) también debe hacerse en escritura pública.

Aunque algún sector doctrinal haya interpretado que se trata de un requisito de forma *ad solemnitatem* (13), lo cierto es que la escritura es requisito necesario para que pueda practicarse la inscripción en el Registro de la Propiedad (cfr. arts. 3 y 145 LH), sin cuya inscripción la hipoteca no puede existir, ni siquiera *inter partes* (véase, en cuanto a su carácter constitutivo, el art. 130 LH).

b) OBLIGATORIA INSCRIPCIÓN PREVIA DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA
Y FACULTATIVA INSCRIPCIÓN PREVIA DE LOS BIENES AFECTOS

El otorgamiento de la hipoteca exigirá la inscripción previa de la concesión administrativa que se va a hipotecar. La concesión administrativa de obras públicas, por tanto, si bien no es de inscripción obligatoria, necesitará ser inscrita si se quiere hipotecar.

A su vez, los bienes inmuebles demaniales públicos o los privados, afectos a la concesión, deberán estar inscritos, si se quiere que conste registralmente la afectación; pero no es obstáculo su no inscripción para que pueda inscribirse la concesión administrativa de la obra pública (14).

En este sentido, debe recordarse que los bienes demaniales públicos son susceptibles de inscripción: la legislación especial parece seguir el criterio de que tales bienes deben inscribirse obligatoriamente (art. 42 y 47 de la Ley de Patrimonio del Estado y 36 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales), en tanto que la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, al interpretar el artículo 17 del Reglamento Hipotecario en la reforma dada por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, entiende que es facultativa, precisamente declarando nula la reforma por el carácter imperativo que a su juicio contenía.

(13) Para PAREJO GAMIR es un supuesto de forma *ad solemnitatem* o sustancial, forma de ser y no meramente forma de valer, forma sustancial cuyo fundamento es rodear a la transmisión de las mayores garantías posibles.

(14) Así se entendió ya desde la Resolución de 5 de septiembre de 1908, que consideró no inscribible una escritura de emisión de obligaciones garantizadas con hipoteca no sólo sobre la concesión sino también sobre las obras del ferrocarril, por faltar la previa inscripción no sólo de la concesión sino también de los terrenos en que se asentaban las obras.

c) CONSENTIMIENTO PREVIO DE LA ADMINISTRACIÓN CONCEDENTE

Se precisará el consentimiento de la Administración concedente. Este consentimiento no debe entenderse como un acto discrecional de la Administración (15) sino como un acto reglado que debe concederse si concurren los requisitos para ello, prevaleciendo, en caso de discrepancia, el superior criterio de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El Proyecto de Ley prevé que las solicitudes referentes a autorizaciones administrativas se resolverán por el órgano de contratación en el plazo de un mes, debiendo entenderse desestimadas si no se resuelve y notifica en ese plazo (art. 255.2). Aunque no dice expresamente que la autorización tiene carácter reglado, sí lo hace al regular la autorización para participar como postor en la ejecución hipotecaria (art. 257 del Proyecto), por lo que tiene apoyo la tesis de que no es discrecional su otorgamiento.

d) NECESARIA RELACIÓN DE LA OBLIGACIÓN ASEGURADA CON LA CONCESIÓN

La hipoteca de la concesión lo lógico es que se constituya no en garantía de cualquier clase de obligación (como con carácter general prevé el art. 1.861 del Código Civil) sino tan sólo en garantía de deudas contraídas para la realización de la obra pública o para la explotación de la concesión. Precisamente porque existen intereses de carácter general en juego y porque el riesgo derivado de la realización de la obra pública recae en el propio concesionario, parece razonable que la concesión de obra pública (como en general debería predicarse respecto de cualquier concesión sobre bienes demaniales o de servicios públicos) no pueda hipotecarse en garantía de otras obligaciones que pudiera tener el titular de la concesión (por ejemplo, la sociedad mercantil concesionaria) por razón de otros negocios.

Así lo reconoce el Proyecto cuando establece que no se admitirán hipoteca de concesión de obras públicas en garantía de deudas que no guarden relación con la concesión correspondiente (art. 255 del Código Civil). Un supuesto para que no se produzca la autorización administrativa, lo que demuestra que no es discrecional sino reglada (16).

(15) En esto discrepo de la tesis de PAREJO GAMIR, *op. cit.*, pág. 32.

(16) Este extremo será calificable por el Registrador, de manera que no será inscribible la hipoteca si consta en la escritura que el préstamo hipotecario tiene un destino distinto de la propia obra pública.

e) LUGAR DE INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA

La hipoteca se inscribirá en el Registro donde radique la concesión en el folio abierto a ésta, haciéndose constar también en los folios de las fincas afectas a la concesión por nota marginal, pues ya sabemos que sobre las fincas afectas a la concesión no pueden recaer otras cargas o gravámenes que los que recaigan sobre éstas y hayan sido autorizados por la Administración concedente.

Tratándose de concesión de obra pública que abarque la demarcación de más de un Registro de la Propiedad, la hipoteca se inscribirá, al igual que la concesión, de forma principal en el Registro correspondiente al arranque o cabecera de la concesión, haciéndose inscripciones de referencia en los demás Registros por donde atraviere la obra pública.

Sin inscripción, la hipoteca de la concesión no puede existir no sólo frente a terceros sino tampoco *inter partes*.

f) DISTRIBUCIÓN

Como toda hipoteca, la que recae sobre concesión de obra pública está sometida a los principios de especialidad e indivisibilidad.

El principio de especialidad exigirá que cuando se hipotequen varias concesiones administrativas a la vez, o la concesión administrativa y otros bienes del concesionario no afectos a la concesión, se determine la cantidad o parte de gravamen de que cada una de ellas deba responder (art. 119 de la Ley Hipotecaria).

Tratándose de bienes privados o demaniales que queden afectos a la concesión, no es precisa la distribución (ni siquiera sería posible aunque se pretendiera) ya que, como se ha dicho, tales bienes no pueden tener un régimen jurídico diverso de la propia concesión administrativa: sobre los bienes inscritos afectos a una concesión no se pueden inscribir otras cargas o gravámenes que los que recaigan sobre ésta y hayan sido autorizados por la Administración concedente (art. 31 RH).

Fuera de estos supuestos la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre varias fincas o derechos no afectos a la concesión (por ejemplo, varias concesiones) siempre será exigible.

Esta distribución sólo producirá efectos frente a terceros, respecto de los cuales no se podrá repetir más que por la cantidad de que respectivamente responda cada bien hipotecado (art. 120 LH).

Entre partes, esto es, si no ha surgido un tercer poseedor o algún titular de derecho inscrito o anotado con posterioridad a la hipoteca, el acreedor podrá reclamar con cargo a cada finca por la totalidad de lo debido por

principal, intereses y costas (cfr. art. 692 LEC) (17). Regirá, por tanto, el principio de indivisibilidad de la hipoteca (arts. 122 y 123 LH).

En caso de hipoteca de varias concesiones administrativas (pensemos sobre varios saltos de agua en la misma cuenca hidrográfica), puede interesar a la Administración concedente que en caso de ejecución el adjudicatario sea una sola persona, física o jurídica. En este sentido, ejerciendo el derecho que tiene para prestar su consentimiento a la constitución de la hipoteca y a que no concurran postores sin su autorización, podrá exigir en la escritura de constitución que el postor deba licitar por la totalidad de los derechos ejecutados, esto es, por la totalidad de las concesiones (que actúen por un solo lote). Ahora bien, es evidente que esto no alterará el derecho de los terceros, en su caso, de manera que éstos siempre tendrán el derecho de liberar la hipoteca pagando la cifra de responsabilidad hipotecaria de la concesión respectiva (cfr. art. 124 LH).

XII. DERECHOS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO

a) DURANTE LA FASE DE PENDENCIA. LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA DE DEVASTACIÓN

Durante la fase de pendencia de la hipoteca, el acreedor hipotecario tiene derecho a que se conserve la garantía. En caso contrario, el artículo 117 de la Ley Hipotecaria le autoriza para ejercer la acción de devastación.

El Proyecto de Ley de Concesión de Obras Públicas adapta este derecho a las peculiaridades de las concesiones, dando una intervención preponderante a la Administración concedente en la apreciación de la existencia de disminución de la garantía y en la adopción de medidas para su conservación. Así cuando el valor de la concesión hipotecada sufriera grave deterioro por causa imputable al concesionario, el acreedor hipotecario podrá solicitar del órgano de contratación pronunciamiento sobre la existencia efectiva de dicho deterioro. Si éste se confirmara podrá el acreedor hipotecario solicitar de la Administración que, previa audiencia del concesionario, ordene a éste hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño.

Esta acción administrativa no es incompatible con el ejercicio de la acción de devastación judicial del artículo 117 de la Ley Hipotecaria, pero en principio existe una presunción de renuncia a su ejercicio si se acude a ella (debe entenderse salvo que expresamente el acreedor se reserve su ejercicio).

(17) El párrafo segundo dispone que «cuando el propietario del bien hipotecado fuera el propio deudor, el precio del remate, en la cuantía que exceda del límite de la cobertura hipotecaria, se destinará al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante por el crédito objeto de ejecución, una vez satisfechos los créditos inscritos o anotados

b) DURANTE LA FASE DE EJECUCIÓN: PECULIARIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN INTERINA

La Ley de Enjuiciamiento Civil regula la administración interina de la finca hipotecada, por parte del acreedor hipotecario, en el artículo 690, consistente en el derecho del acreedor a pedir, durante la ejecución, las rentas vencidas y no satisfechas si así se hubiera estipulado, y los frutos, rentas y productos posteriores para cubrir con ello los gastos de conservación y explotación y después su propio crédito.

Este derecho de administrar interinamente el bien hipotecado, objeto de ejecución, para que durante ella no sufra menoscabo el derecho del acreedor al cobro, es adaptado en el Proyecto a las características propias de la hipoteca de concesión administrativa de obras públicas.

En concreto, se permite que incluso antes de promover el procedimiento de ejecución correspondiente, siempre que la obligación garantizada no hubiera sido satisfecha total o parcialmente al tiempo de su vencimiento y que así se hubiera previsto en la escritura de constitución de la hipoteca, el acreedor hipotecario pueda:

- a) solicitar de la Administración concedente que, previa audiencia del concesionario, disponga que se le asigne una parte de la recaudación derivada de la explotación de la concesión y de las cantidades que, en su caso, tuviera que hacer efectivas la propia Administración al concesionario, en concepto de amortización de la deuda; a este efecto la Administración podrá designar un interventor que compruebe los ingresos y se haga cargo de estos cobros en la cuantía previamente determinada;
- b) solicitar de la Administración concedente que, previa audiencia del concesionario, le otorgue la explotación de la obra pública durante un determinado período de tiempo o de las zonas de explotación comercial. Este derecho es eficaz frente a tercero (cabalmente sólo si está inscrita la hipoteca en el Registro de la Propiedad), de manera que si las zonas comerciales estuvieran siendo explotadas por un tercero en virtud de una relación jurídico-privada con el concesionario —caso, por ejemplo, de un arrendatario—, la medida deberá ser notificada a este tercero, ya que si bien su relación jurídica se va a mantener (al menos hasta el momento de la realización forzosa si se ultima la ejecución) deberá efectuar al acreedor hipotecario los pagos que debiera hacer al concesionario.

posteriores a la hipoteca y siempre que el deudor no se encuentre en suspensión de pagos o quiebra», supuestos en los que vuelve a jugar como límite la cifra de responsabilidad hipotecaria.

XIII. EJECUCIÓN

Las peculiaridades de la concesión administrativa de obras públicas, en particular el interés general que está en juego y que justifica el control de la concesión por la Administración concedente, se manifiesta también en fase de ejecución de la garantía.

Además de poder ejercitar el procedimiento de apremio o de ejecución ordinario sobre los bienes del concesionario, en caso de falta de pago de la deuda al acreedor hipotecario, éste puede ir directamente a la realización de los bienes, sin necesidad de avalúo del bien ni traba del mismo, mediante el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados regulado en los artículos 681 y siguientes de la LEC. En realidad se trata de una fase dentro del proceso ejecutivo previsto en la Ley Procesal Civil.

Lo característico cuando de hipoteca de concesiones administrativas de obras públicas se trata es que debe intervenir la Administración concedente en la ejecución para controlar que los posibles licitadores reúnen los requisitos necesarios para llevar a cabo la ejecución de la obra pública o la explotación de la misma.

Por eso, ante la falta de claridad del Derecho vigente al respecto, el Proyecto de Ley de Concesión de Obras Públicas regula detalladamente esta intervención señalando que:

- a) el adjudicatario en el procedimiento de ejecución hipotecaria quedará subrogado en la posición del concesionario, previa autorización administrativa;
- b) para obtener esta autorización, todo licitador o eventual adjudicatario, incluso el propio acreedor hipotecario, si así lo pretende, deberá comunicarlo al órgano de contratación solicitando autorización;
- c) la autorización administrativa tiene carácter reglado, de manera que se concederá si el peticionario reúne los requisitos exigidos al concesionario;
- d) la autorización, caso de concederse, deberá notificarse en el plazo máximo de quince días;
- e) caso de que la subasta quedara desierta o ningún interesado fuera autorizado por el órgano de contratación para participar en la subasta, y ni siquiera el acreedor hipotecario autorizado para ser concesionario opte finalmente por la adjudicación, la Administración concedente podrá elegir entre:
 - acordar el secuestro de la concesión, de manera que sea la Administración la que explote la obra pública y perciba los rendimientos, sin que el concesionario pueda percibir ingreso alguno. En

- este caso deberá darse trámite al acreedor hipotecario para ofrecerle la posibilidad de proponer un nuevo concesionario;
- o resolver la concesión y, previo acuerdo con los acreedores hipotecarios, fijar la cuantía de la deuda y las condiciones en que deberá ser amortizada; si no hay acuerdo, la Administración quedará liberada con pagar al acreedor el importe de la indemnización que corresponda al concesionario por razón de la resolución, esto es, el importe de las inversiones realizadas por la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes necesarios para la explotación de la concesión, teniendo en cuenta su grado de amortización.

A mi juicio, además será aplicable a la ejecución de la hipoteca sobre concesiones de obras públicas, no sólo el sistema de realización forzosa mediante subasta, sino también la realización por persona o entidad especializada y —sobre todo, porque se ajusta muy bien a su naturaleza— el convenio de realización judicialmente aprobado regulado en los artículos 640 y siguientes de la LEC.

Evidentemente además del consentimiento del ejecutante y del ejecutado y de los titulares de cargas intermedias en el caso del convenio de realización (18). Y por supuesto la aprobación judicial en ambos casos.

XIV. CANCELACIÓN DE LA HIPOTECA

La hipoteca se cancelará en virtud del procedimiento de ejecución, presentando el testimonio expedido por el Secretario judicial comprensivo del auto de aprobación del remate o adjudicación y del que resulte la consignación en su caso, del precio, acompañado del mandamiento de cancelación de cargas posteriores a la hipoteca ejecutada (art. 133 LH).

Al no tratarse de un trámite que se perfeccione en la esfera judicial, entiendo que la necesaria autorización administrativa previa debe acreditarse al Registrador, sin que baste la aprobación judicial de remate, adjudicación (o convenio de realización) para entender cumplido este requisito.

(18) El párrafo 3 del artículo 640 LEC establece que cuando el convenio se refiera a bienes susceptibles de inscripción registral será necesaria, para su aprobación, la conformidad de acreedores y terceros poseedores que hubieran inscrito o anotado sus derechos en el Registro correspondiente con posterioridad al gravamen que se ejecuta. Creo que habrá que entender que el precepto se refiere a los terceros posteriores a la hipoteca pero anteriores a la expedición de certificación de cargas en el procedimiento; las posteriores a la nota marginal deberán acudir de oficio al procedimiento para impedir la aprobación judicial si el convenio les perjudica, pero si no acuden deberán entenderse afectados por el convenio.

Pero no es este el único supuesto de cancelación de la hipoteca. Como vimos, las hipotecas de concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público y los edificios o terrenos que no estando directa o exclusivamente destinados al referido servicio pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen afectos a aquellas obras, quedan pendientes de la resolución del derecho del concesionario (art. 107, párrafo 6.º de la LH). Esto significa que, cancelada la concesión, se cancela también la hipoteca.

Y como también se dijo anteriormente, desarrolla este precepto el artículo 175-3.º del Reglamento Hipotecario, al regular la hipoteca de concesión de obras públicas dentro de los supuestos de cancelación sin necesidad de consentimiento del titular registral, esto es, dentro de los supuestos previstos en el artículo 82, párrafo segundo de la Ley Hipotecaria de cancelación por disposición de la ley o por resultar del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción. Establece ese artículo 175-3.º RH, que:

«Las inscripciones de hipotecas sobre obras destinadas al servicio público, cuya explotación conceda el Gobierno y que estén directa y exclusivamente afectas al referido servicio, se cancelarán, si se declarase resuelto el derecho del concesionario, en virtud del mismo título en que se haga constar esa extinción y del documento que acredite haberse consignado en debida forma, para atender el pago de los créditos hipotecarios inscritos, el importe de la indemnización que en su caso deba percibir el concesionario».

¿Cuáles son esas causas de cancelación de la concesión que determinarían la cancelación de la hipoteca constituida sobre ella?

a) CADUCIDAD DE LA CONCESIÓN POR TRANSCURSO DEL PLAZO

No señala el RDL 2/2000, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas, la duración máxima del contrato de concesión de obras públicas.

Podría pensarse que habría que atenerse a lo previsto en la Legislación reguladora del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Así, el artículo 126 del TR de la Ley del Patrimonio del Estado, de 15 de abril de 1964, establece un plazo máximo de noventa y nueve años, siempre que la legislación especial no señale un plazo menor.

Pero precisamente porque la concesión de obras públicas necesariamente implica la explotación de la misma (esto es, la realización de la obra y su explotación o sólo su explotación) podrá defenderse que opera el límite establecido de forma específica para el contrato de gestión de servicios públicos en el artículo 157 del RDL 2/2000, cuando tras señalar que el

contrato de gestión de servicios públicos no puede tener carácter perpetuo o indefinido establece que su duración total, incluidas las prórrogas, no puede exceder de cincuenta años en los contratos que comprendan la ejecución de la obra y la explotación del servicio público.

El Proyecto de Ley clarifica la cuestión al establecer que las concesiones de explotación de obras públicas se otorgarán por el plazo que se acuerde en el pliego de cláusulas administrativas particulares, que no podrá exceder de cuarenta años (art. 263).

Caso de que exista legislación especial habrá que atenerse a ella. Así, por ejemplo, la Ley de Aguas (TR aprobado por RDL 1/2001, de 20 de julio, art. 134) prevé que el plazo de explotación de las obras hidráulicas será el previsto en cada pliego de condiciones generales, sin que pueda exceder en ningún caso de setenta y cinco años.

Este plazo especial está previsto mantenerlo en el Proyecto de Ley de Concesión de Obras Públicas, en cuya Disposición Adicional undécima se modifica la Ley de Aguas para considerar aplicable la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como supletoria, esto es, en cuanto no se oponga a lo previsto en la propia Ley de Aguas.

De la misma manera, la misma Disposición Adicional undécima para las obras públicas hidráulicas prevé que el plazo de duración de la concesión será el previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, sin que pueda exceder de setenta y cinco años.

Extinguida la concesión por transcurso del plazo, quedará cancelada la hipoteca automáticamente, sin necesidad de consentimiento para la cancelación del acreedor hipotecario y sin justificación de consignación alguna a favor suyo o de acreedores posteriores. Bastará con presentar el título del que resulte esa extinción, que no será sino el traslado de la resolución administrativa declarando la caducidad de la concesión.

El Proyecto específicamente regula la extinción de las concesiones por transcurso del plazo inicialmente establecido y de sus prórrogas, en su caso, de manera que quedarán extinguidos todos los contratos vinculados a aquellas (art. 262.4).

Del Reglamento Hipotecario (art. 175.3) resulta igualmente que en este caso la cancelación es automática, sin ulteriores requisitos, ya que la consignación está sólo prevista para el caso de que proceda indemnización, lo que no ocurre tratándose de caducidad de la concesión.

b) CANCELACIÓN POR RESOLUCIÓN

En los casos de resolución de la concesión, la hipoteca constituida sobre la misma también se cancela sin necesidad del consentimiento del acreedor

hipotecario, pero no es una cancelación automática, ya que además de la resolución administrativa declarando la resolución deberá acreditarse la consignación de las cantidades debidas al acreedor hipotecario (art. 175.3).

Esta consignación se acredita presentando en el Registro de la Propiedad el mandamiento judicial a que se refiere el artículo 1.180 del Código Civil, en el cual conste que se ha declarado bien hecha la consignación (art. 180 RH).

El RDL 2/2000, regula de forma dispersa las causas de resolución del contrato de obras (arts. 111 y 149), así como los efectos de esa resolución (art. 151), previendo indemnizaciones a favor del concesionario cuando la resolución no es imputable a él.

En el Proyecto de Ley se prevén como causas de resolución de la concesión y por tanto de la hipoteca constituida sobre la misma, las siguientes:

- Muerte o incapacidad sobrevenida del empresario individual o extinción de la personalidad jurídica si es persona jurídica.
Pese a la muerte del concesionario persona física, la Administración concedente puede autorizar la continuación de la concesión con los herederos, si cumplen los requisitos exigidos al concesionario.
La fusión, escisión, aportación o transmisión de empresas no son causa de extinción de la concesión, pero exigen el consentimiento previo de la Administración concedente para que la sociedad absorbente o adquirente se subrogue en la concesión.
- Declaración de quiebra, suspensión de pagos o concurso de acreedores del concesionario.
- Ejecución hipotecaria declarada desierta (supuesto novedoso del proyecto no contemplado en el Derecho vigente).
- Mutuo acuerdo.
- Secuestro de la concesión por plazo superior al máximo de tres años.
- Demora superior a seis meses por parte del órgano de contratación en la entrega al concesionario de la contraprestación.
- Rescate de la obra pública por el órgano de contratación, esto es, la declaración unilateral que puede hacer la Administración concedente por la que se da por terminada la concesión, no obstante la buena gestión del titular.
- Supresión de la explotación por razones de interés público (19).

(19) No cabe confundir extinción de la concesión por supresión del servicio público, con modificación parcial de las condiciones del servicio, que no es causa de resolución. Así, la Resolución de la DGRN, de 20 de julio de 2001, considera que para la cancelación de un asiento se precisa la extinción del derecho inscrito, lo que no ocurre cuando en la concesión se modifican tan sólo en un aspecto parcial, como son las condiciones de transmisión de los derechos del concesionario.

- Imposibilidad de la explotación de la obra pública como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración concedente con posterioridad al contrato.
- Abandono o renuncia unilateral por el concesionario.
- Cualquier otra causa prevista en la ley o en el contrato.

En todos los supuestos de resolución procede abonar al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de las expropiaciones de terrenos, ejecución de las obras de construcción y adquisición de bienes necesarios para la explotación de la concesión, teniendo en cuenta su grado de amortización.

En los casos de rescate, supresión de la explotación por razón de interés general e imposibilidad de cumplimiento imputable a la Administración, procede indemnizar al concesionario por los daños y perjuicios.

Todo esto deberá acreditarse al Registrador a través del mandamiento judicial a que se refiere el artículo 1.180 del Código Civil en el cual conste que se ha declarado bien hecha la consignación (art. 180 RH). Es decir, no bastará cualquier testimonio judicial acreditativo de la consignación, sino mandamiento expreso ordenando la cancelación por estar bien hecha la consignación, decisión judicial que habrá sido notificada al concesionario, y que debe ser firme.

Lo que no necesitará, para cancelar la concesión (sea por caducidad o por resolución) es que se ordene expresamente la cancelación de las cargas posteriores. Bastará que se presente el título (resolución administrativa) por la que se declare la extinción de la concesión, junto con el mandamiento acreditativo de haberse realizado bien la consignación de las cantidades debidas al concesionario por consecuencia de la resolución, así como que se acredite que en el expediente consta la audiencia al concesionario y a los titulares de cargas constituidas sobre la misma y que se van a cancelar como consecuencia de la extinción de la concesión; pero no es necesario referencia expresa a tales asientos (cfr. Resolución de la DGRN, de 27 de enero de 1998) (20).

(20) Esta Resolución deja claro que el derecho de hipoteca sobre una concesión administrativa se extingue cuando se resuelve el derecho del concesionario y para su cancelación basta con que en el propio título se haga constar esa resolución del derecho hipotecado, junto con el documento acreditativo del pago de las indemnizaciones procedentes en su caso, sin necesidad de que se ordene en el título de forma expresa la cancelación de asientos posteriores relativos a derechos constituidos sobre dicha concesión.

c) DERECHO A SUBROGARSE EN LA POSICIÓN DEL CONCESIONARIO EN CASO DE RESOLUCIÓN

Con arreglo al Derecho vigente era muy discutida la participación que debían tener los titulares de cargas sobre la concesión en caso de resolución.

El artículo 184 del Reglamento Hipotecario establece que:

«A todo expediente de caducidad de concesión deberá incorporarse certificación del Registro de la Propiedad comprensiva de los asientos vigentes de todas clases o de los extendidos con anterioridad a la fecha de la nota a que se refiere el artículo anterior, si se hubiere extendido, al efecto de que sean oídos en el expediente los interesados y puedan ejercitar el derecho de subrogación por su orden de prelación registral».

Este artículo debe entenderse referido a los supuestos de caducidad por resolución, no a los supuestos de caducidad por transcurso de plazo, ya que ningún sentido tiene subrogarse en una concesión cuyo plazo de vigencia ha vencido.

Y aunque parece que todos los titulares de asientos posteriores tendrían derecho a subrogarse en la concesión que se resuelve, esto será así si la legislación sustantiva así lo reconoce.

Una novedad importante del Proyecto es que resuelve definitivamente esta cuestión con relación a las concesiones de obras públicas, de manera que cuando procediera la resolución de la concesión por incumplimiento de alguna de las obligaciones del concesionario, la Administración, antes de resolver, dará audiencia al acreedor hipotecario, ya que le reconoce el derecho a subrogarse en la concesión de la obra pública siempre que la Administración concedente lo considerara compatible con el buen fin de la concesión (art. 256.3 del Proyecto).

No parece que tenga ese derecho a subrogarse ningún otro acreedor de la concesión, aunque esté inscrito, pese a la proclamación general del derecho a subrogarse que hace respecto de todo titular de asientos posteriores el artículo 184 RH, ya que la legislación reguladora de la concesión de obras públicas sólo se lo reconoce al acreedor hipotecario. Pero los titulares de asientos posteriores sí tendrán derecho a hacer efectivo su derecho sobre las cantidades que en su caso pueda percibir el concesionario como consecuencia de la resolución.

Así, el Proyecto prevé (art. 258) que en caso de resolución concesional, la Administración solicitará certificación del Registro de la Propiedad al objeto de que puedan ser oídos todos los titulares de cargas y derechos (se entiende posteriores a la concesión, no los anteriores que no se ven afectados), extendiendo nota marginal el registrador de iniciación del procedimiento de resolución.

De manera que para cancelar estas cargas y derechos anotados o inscritos con posterioridad a la hipoteca, será necesaria resolución administrativa firme que declare la resolución de la concesión y el previo depósito a favor de los titulares de estos derechos de las indemnizaciones debidas al concesionario.

Es decir, que la consignación prevista en el artículo 175.6 RH —a que antes nos referíamos— debe realizarse a favor no sólo del acreedor hipotecario sino también de los acreedores posteriores anotados o inscritos con posterioridad a la hipoteca, siendo el juez el que en un incidente posterior resuelva a quien debe entregarse el dinero. Parece que lo procedente es que lo entregue al acreedor hipotecario en pago de su principal, intereses y costas, hasta el límite de la cifra de responsabilidad hipotecaria, y el resto si lo hubiere, se entregue a acreedores posteriores, salvo que el concesionario se encuentre en suspensión de pagos, concurso o quiebra, en que el remanente se entregará al juez del concurso (cfr. art. 672.1 LEC).

Con esta solución, el Proyecto ampara la posición favorable a admitir no sólo la hipoteca de la concesión, sino la existencia de otras cargas sobre la misma, como anotaciones de embargo, arrendamientos, subhipotecas, etc. No resuelve la cuestión de si necesitan o no consentimiento de la Administración concedente. Habrá que estar a lo dispuesto en el título concesional, pero en principio podrían establecerse las siguientes reglas:

- Tratándose de derechos o gravámenes voluntarios sobre la concesión, siempre se necesitará autorización previa del órgano de contratación de forma análoga a la hipoteca. Es el caso de que se arriende la concesión total o parcialmente, que se subhipoteque la propia hipoteca, o que se constituya un derecho de uso sobre partes de la concesión, como ocurre en las divisiones horizontales de concesiones administrativas de puertos deportivos, en las que se transmite a particulares esos derechos de uso de partes individualizadas resultantes de la división horizontal, todo lo cual exigirá autorización administrativa.
- Tratándose de embargo sobre los rendimientos de la concesión, no se necesitará consentimiento de la Administración concedente, ya que el concesionario no constituye una excepción a la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código Civil.
- Tratándose de embargo sobre la propia concesión, tampoco se requerirá consentimiento de la Administración concedente para su traba y anotación, dado su carácter forzoso, pero sí parece necesaria la notificación del embargo a la citada Administración, ya que en la ejecución, de forma análoga a la ejecución hipotecaria, no cabrá admitir licitadores que no hayan cumplido con los requisitos exigidos para ser concesionario, lo que exigirá autorización de la Administración. Si no concu-

riera nadie a la subasta procedería la resolución de la concesión y la consignación a favor de estos acreedores posteriores de las indemnizaciones debidas al concesionario.

- Supuesto excepcional es el caso de las hipotecas y gravámenes sobre concesiones de bienes de dominio público marítimo-terrestre, que no exige autorización previa pero sí comunicación a la Administración concedente por parte del favorecido por la carga o gravamen, unificando su regulación con la de las anotaciones de embargo (cfr. art. 70.3, Ley 23/1988, de 28 de julio, de Costas).

XV. LA HIPOTECA DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS EN SUPUESTOS ESPECIALES

La regulación del contrato de concesión de obras públicas debe entenderse que tiene carácter general y supletorio respecto de la legislación especial.

El Proyecto de Ley de Obras Públicas, no obstante, con relación a las autopistas en régimen de concesión, unifica su régimen jurídico, al menos en los principios generales (otorgamiento de la concesión, trámites, derechos y deberes, causas de extinción) con las concesiones de obras públicas en general, y en este sentido tiene previsto la derogación de los artículos 2.1, 4.2, 5, 6, 7, 13, 16.1, 25.2, 25.bis, 26, 30, 32 y 34 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Construcción, Conservación y Explotación de autopistas en régimen de concesión; así como los artículos 53 a 105 y 111 de la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877.

Sería conveniente, a mi juicio, modificar también el artículo 17 de la Ley 25/1988, de 25 de julio, de Carreteras, que se remite a la legislación específica para la regulación de las concesiones administrativas sobre carreteras estatales, cuando precisamente se van a considerar prevalente los preceptos de la legislación general sobre contratos de obras públicas.

Seguirán prevaleciendo las disposiciones especiales en materias de concesiones sobre los siguientes bienes demaniales:

- a) Aguas, regidas por los artículos 59 a 80 del RDL 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprobó el TR de la Ley de Aguas. Merece destacarse la regulación del contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas y de su inscripción no sólo en el Registro administrativo de aguas sino en el folio abierto a la concesión en el Registro de la Propiedad.
- b) Aprovechamientos de recursos mineros en régimen de concesión o autorización, que se seguirán rigiendo por la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas.

- c) El régimen jurídico y económico de los aprovechamientos en montes del Estado, que se regirán preferentemente por las disposiciones de la Ley de Patrimonio Forestal por imperativo del artículo 37 de la Ley de 8 de junio de 1957, de Montes.
- d) Las concesiones sobre bienes de dominio público marítimo-terrestre, regulados por los artículos 64 y siguientes de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, que expresamente declara inscribible estas concesiones en el Registro de la Propiedad, no autoriza una duración superior a treinta años, no admite la transmisión *inter vivos* de las concesiones salvo que sirvan de soporte a la prestación de un servicio público y lo autorice la Administración concedente y admite no sólo la hipoteca de la concesión y otros derechos de garantía, así como el embargo de las mismas, sin necesidad de autorización previa, bastando la comunicación previa a la Administración por la persona o entidad a cuyo favor se constituye el derecho (cfr. art. 70.3) (21).

XVI. CONCLUSIONES

1.º La hipoteca de concesión administrativa de obra pública tiene un gran interés desde la perspectiva económica, como manifestación concreta del método de financiación con cargo al propio proyecto, conocido como «Project finance».

2.º La hipoteca de concesión de obra pública es uno de los medios de financiación privada con que cuenta el concesionario, que corre con el riesgo de la explotación; otras formas de financiarse son la emisión de obligaciones y bonos o los créditos participativos.

3.º Las concesiones de obras públicas son inscribibles en el Registro de la Propiedad porque generan un derecho real administrativo, a diferencia de las concesiones de servicios públicos o las meras autorizaciones.

4.º Las concesiones de obras públicas, pese a estar sometidas a autorización administrativa, son hipotecables; para ello es necesario que esté previamente inscrita la concesión. No es imprescindible que los bienes demaniales estén, a su vez, previamente inscritos, salvo que se quiera hacer constar su afectación.

(21) La Resolución de 13 de marzo de 1995 consideró que los inequívocos términos, de la Ley de Costas respecto de la ocupación de bienes de dominio público marítimo-terrestre, previa concesión cuya duración en ningún caso puede exceder de treinta años, hacen insostenible la pretensión de aplicar el plazo de noventa y nueve años del artículo 126 de la Ley del Patrimonio del Estado a una concesión para la explotación de un centro comercial y aparcamiento subterráneo en el Muelle España del Port Vell de Barcelona.

5.º También son inscribibles las emisiones de obligaciones y bonos por el concesionario cuando están garantizadas con hipoteca sobre la propia concesión (a través de un asiento de inscripción en el folio abierto a la concesión); así como la titulización de los derechos de crédito del concesionario (en este caso mediante nota al margen de la inscripción de la concesión).

6.º La hipoteca de concesión administrativa de obra pública constituye una excepción a la regla general de que sólo los bienes y derechos transmisibles son hipotecables; la concesión sólo es transmisible e hipotecable previa autorización de la Administración concedente. Su omisión será así defecto insubsanable que impida la inscripción.

7.º Esta autorización administrativa no es discrecional sino reglada y su denegación se puede recurrir en vía contencioso-administrativa.

8.º La hipoteca está sujeta a los avatares de la propia concesión de obra pública, en la que prevalece el interés general.

9.º Todo esto hace que la hipoteca de concesión administrativa de obra pública tenga unas especialidades propias, tanto durante la fase de pendencia como en caso de ejecución.

- a) en la fase de pendencia el acreedor hipotecario tiene una acción administrativa propia para instar a la Administración concedente para que obtenga del concesionario la conservación de la garantía;
- b) en la fase de ejecución, incluso antes de iniciada ésta, siempre que el concesionario haya incumplido el pago de algún vencimiento y que este derecho esté pactado en la escritura inscrita en el Registro, el acreedor hipotecario tiene un peculiar derecho de administración interina sobre la concesión que le permite pedir parte de los rendimientos de la explotación o el derecho mismo a explotar la obra pública;
- c) en caso de resolución de la concesión por incumplimiento del concesionario, el acreedor hipotecario tiene derecho a subrogarse en los derechos derivados de la concesión con preferencia al derecho de la Administración a resolver;
- d) los titulares de otro tipo de derechos, distintos del acreedor hipotecario, aunque no tienen derecho de subrogarse, sí tienen derecho a que se les notifique la resolución, a ser oídos y a que se consigne a su favor la indemnización a que tiene derecho el concesionario en caso de resolución.

10.º No sólo cabe la transmisión *inter vivos* y *mortis causa* (en este caso cuando sea persona física) sino también hipoteca y cualquier otro gravamen voluntario sobre las concesiones administrativas de obras públicas, si bien siempre es necesaria la autorización previa de la Administración concedente.

11.º Las concesiones administrativas son susceptibles de embargo, no sólo en cuanto a sus rendimientos líquidos, sino la concesión en sí misma, si bien en este caso su anotación en el Registro exigirá la notificación previa a la Administración concedente, que también tendrá derecho a determinar si el mejor postor reúne los requisitos para licitar en la subasta.

12.º Las concesiones administrativas sobre obras públicas se regirán por la Ley de Contratos con las Administraciones Públicas, una vez reformada por la Ley de Concesión de Obras Públicas, salvo cuando recaigan sobre bienes demaniales regulados por una legislación especial, cuyos preceptos prevalecerán frente a aquella que operará como Derecho supletorio: hipoteca de obras en zona marítimo-terrestre, puertos, montes, minas, sistemas de actuación urbanística por expropiación, etc.

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

Doctor en Derecho

Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la
Dirección General de los Registros y del Notariado