

TRES SENTENCIAS SOBRE LA CLAUSULA DE PRECARIO EN DERECHO ADMINISTRATIVO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CARACTERIZACIÓN DE LA CLÁUSULA DE PRECARIO EN LOS TÍTULOS DE OCUPACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO: 1. *Apuntes de una teoría del precario administrativo.* 2. *La cláusula de precario:* A) La posibilidad de su inclusión en los títulos jurídicos administrativos. B) El ejercicio de la facultad revocatoria y su control. C) Efectos del ejercicio de la cláusula de control. D) Líneas de caracterización de la cláusula de precario.—III. LAS SENTENCIAS DE 21 DE MAYO Y 3 Y 5 DE JUNIO DE 1987: A) *Control de la potestad de inclusión de la cláusula de precario en los títulos legitimadores de la utilización de los bienes de dominio público.* B) *El control jurisdiccional sobre el ejercicio de la cláusula de precario.*—IV. COMENTARIO.

I. INTRODUCCIÓN

I. «La utilización de la precariedad en el Derecho administrativo supone a menudo un simple intento de evasión por parte de la Administración de otros controles... es en el campo de la práctica administrativa donde florece y prolifera..., llegándose a convertir la precariedad en una cláusula de estilo introducida al amparo de la pretendida autonomía negocial y de las facultades discrecionales de la Administración, como si en efecto los particulares pudieran oponerse simplemente al desistir de tales negocios y no viniesen obligados, si es que desean obtener determinados objetivos, a pasar por las horcas caudinas de la Administración» (1). Con estas palabras iniciaba hace veinte años un trabajo sobre este tema MARTÍN MATEO (2), trabajo que hoy día sigue siendo un punto de referencia obligado.

(1) MARTÍN MATEO, *La cláusula de precario en las concesiones de dominio público*, núm. 56 de esta REVISTA, 1968, págs. 93 y 94.

Sobre el tema de la precariedad en el Derecho administrativo pueden consultarse: en cuanto a su origen y concepto, me remito a Cirilo MARTÍN-RETORTILLO, en su libro *Algo sobre el precario administrativo municipal* (Sevilla, 1956, fundamentalmente págs. 17 a 82). En relación con los problemas que ocasiona la inclusión de la cláusula con relación al servicio público telefónico, véase PÉREZ OLEA, *Las concesiones de dominio público a título oneroso* (núm. 56 de esta REVISTA, 1968, págs. 187 y ss.), y LEGUINA VILLA, *Instalaciones de líneas eléctricas y precariedad administrativa* (núm. 68 de esta REVISTA, 1972, págs. 9 y ss.). También, la tesis de GONZÁLEZ QUINZA, *La instalación del servicio público telefónico*, pendiente de lectura.

(2) Ramón MARTÍN MATEO, *La cláusula de precario en las concesiones de dominio público*, núm. 56 de esta REVISTA, 1968, págs. 93 y ss.

II. La aparición de tres recientes sentencias que abordan el tema del precario, junto con los cambios operados en el sistema jurídico, aconsejan la reconsideración de las ideas vertidas por este autor con el objeto de analizar el grado de progreso en la materia, del que precisamente la jurisprudencia nos puede dar una idea cabal por el carácter fundamentalmente práctico de la figura.

II. CARACTERIZACIÓN DE LA CLÁUSULA DE PRECARIO EN LOS TÍTULOS DE OCUPACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO

1. *Apuntes de una teoría del precario administrativo*

I. La institución del precario tiene su origen próximo en el Derecho Civil —sin perjuicio de que pueda encontrarse algún antecedente en instituciones de Derecho romano que hoy, aplicando nuestras actuales categorías, pudieran tener carácter público (3)—, en el que pese a no recogerse de forma expresa en la legislación ha venido aplicándose, bien como cobertura de una situación basada en la tolerancia o la generosidad (4), o bien como remedio procesal para la recuperación por el titular de la cosa que la ha cedido con la posibilidad de recuperarla a voluntad, o simplemente tolera o soporta la posesión de un tercero sin título (5). En todo caso, parece requisito necesario para que estemos ante el precario la necesidad de ausencia de pago, renta o merced, que permita crear una cierta apariencia de título para man-

(3) Me refiero a su aplicación al *ager publicus*, que ha estudiado Cirilo MARTÍN-RETORTILLO (*Algo sobre el precario administrativo municipal*, 1956, págs. 17 a 25). En todo caso, en relación con la trasposición del precario romano en la actualidad, hemos de advertir que ésta sólo puede realizarse de una forma muy cuidadosa y crítica. Con carácter general, tanto la concepción global del sistema como la distinción entre lo público y lo privado no se corresponden con las ideas que actualmente utilizamos. Incluso, a nivel concreto, dentro del precario en el Derecho romano —al que Ulpiano define como «... *quod precibus petendi utendum conceditur tamdiu is qui concessit patitur*» (Digesto 43, 26, 1 pr.)—, como ha resaltado PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, vol. II, 1982, págs. 367 y 368), más que una forma de comodato, es decir, de contrato, se trata de un desdoblamiento de la posesión, en cuanto era el precarista quien podía esgrimir los interdictos posesorios, y no el *precario dans* o propietario de la cosa, sin perjuicio de que este último estuviera protegido frente al primero con interdicto especial restitutorio *quod quis commodasse dicitur*.

No obstante, como dice este autor, es significativo que con la concepción ampliada que del precario tiene nuestro Tribunal Supremo, que abarca a la posesión concedida —que es la que parece recogerse en el artículo 1750 del Código Civil (CC)—, la posesión tolerada y la posesión sin título, haya cobrado un sentido procesal cercano a su origen histórico y que tendría como finalidad la procedencia del ejercicio de la *vía de desahucio* (*op. cit.*, págs. 369 a 372): «La calificación de precario extendida a este caso es una ficción impuesta en nuestro sistema procesal y que responde a un fin plenamente justificado: el de obtener una actuación simplificada de la acción reivindicatoria» (*op. cit.*, pág. 372).

(4) Cirilo MARTÍN-RETORTILLO, *Algo sobre el precario...*, cit., págs. 27 y 28.

(5) Véase lo indicado en la nota número 3.

tener un derecho la posesión, y que, por lo tanto, eliminaría su libre revocabilidad (6).

Sin perjuicio de los problemas que en cuanto a tipificación ya hemos mencionado, podemos concluir que el precario civil se caracteriza, *primero*, la gratuidad —en cuanto que el pago de precio, renta o merced, en cuanto que tal pago nos ubicaría en un contrato de comodato o de arrendamiento—, y, *segundo*, la libre revocabilidad, la cual queda a discreción del dueño el tiempo de su ejercicio.

II. Ahora bien, como ha señalado la doctrina, tales notas difícilmente pueden ser predicables de una institución administrativa que por definición y de forma permanentemente, debe estar inspirada en el interés público (7), como se deduce de la posición que la Administración asume en el Ordenamiento.

La posición de la Administración-sujeto dentro del Ordenamiento jurídico-administrativo se encuentra articulada alrededor de dos grandes ideas: la sumisión a la legalidad (principio de legalidad) y la idea de servicio de los intereses públicos (vicariedad).

No vamos a analizar —por razón de la amplitud de implicaciones que tienen hoy en día— estos estudios, pero sí podemos establecer algunas consecuencias de su existencia. El principio de legalidad de la Administración (8), en la extensión que hoy tiene y que se proyecta

(6) MARÍN PÉREZ, «Artículo 1750», en *Comentarios al Código Civil*, tomo XXII, vol. 1.º, 1982, pág. 76.

(7) Cirilo MARTÍN-RETORTILLO, *Algo sobre el precario...*, cit., pág. 40.

(8) El principio de legalidad constituye uno de los elementos integrantes de la cultura actual del Derecho administrativo. Su origen hay que situarlo en la creación del Estado de Derecho por la doctrina alemana, que instrumentará lo que inicialmente era un instrumento de garantía política de la transferencia de la soberanía en un importante mecanismo de control de la Administración.

El principio de legalidad expresa la posición de subordinación respecto de la ley, pero esta posición puede entenderse de diversas formas, fundamentalmente reconducible a las dos formulaciones clásicas: la doctrina de la vinculación negativa (STHAL), que puede sintetizarse en *quae non prohibita permissa intelliguntur*, y la doctrina de la vinculación positiva (MERKL) —*quae nos permissa prohibita intelliguntur*—. Mientras que la primera concibe a la legalidad tan sólo como un límite de la acción del Estado, la segunda establece la necesidad de que toda actuación de la Administración goce de una previa autorización por el Ordenamiento. (Por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, vol. I, cit., págs. 365 a 370. También, VILLAR PALASÍ, *Apuntes de Derecho administrativo*, tomo I, cit., págs. 132 y ss.)

Con posterioridad, las relaciones entre Administración y Ley se han ido recomponiendo con arreglo a las necesidades de cada tiempo.

Por un lado, la admisión de la colaboración de la Administración en la formación del Ordenamiento, a través de las fuentes de origen administrativo con rango formal de ley (Decretos-leyes y Decretos legislativos) o mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria. Pero, además, dentro del ámbito de la reserva de ley se ha ido abriendo soterradamente la intervención de la actividad normadora de la Administración, a través de la importante función de desarrollo reglamentario de los preceptos de la Ley o mediante técnicas de delegación que realiza esta última en favor del legislador reglamentario.

Por su parte, el principio de legalidad ha experimentado un ensanchamiento en su extensión, en cuanto legalidad equivale a Ordenamiento —el bloque de legalidad

sobre la organización y competencia, el contenido, el procedimiento y el fin (9), tiene una doble eficacia: por un lado, como legitimante del ejercicio de la actividad de la Administración —en cuanto la misma se recoge por una norma—, y por otro lado, limitativa, ya que sólo puede actuar la Administración de la forma prevista y con el fin previsto por la legislación (10).

El principio de vicariedad o de servicio de los intereses generales es el otro concepto que explica la actuación de la Administración (11). Representa la posición de subordinación, de servicio, y de gerencia de intereses ajenos (12). Al igual que el principio de legalidad, la vica-

de HAURIU—, y nada escapa a la previsión de la legalidad, regulándose incluso los casos en que, por circunstancias excepcionales, el funcionamiento del Ordenamiento y de la sociedad deba alterarse para dar respuesta a estas circunstancias.

Sobre el principio de legalidad me remito, *in toto*, a D. JESCH, *Ley y Administración* puede consultarse a GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, vol. I, cit., págs. 365 y ss.

(9) Si observamos, estos tres aspectos coinciden con los requisitos que exige la propia Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 40, que señala:

«1. Los actos administrativos se producirán por el órgano competente mediante el procedimiento que, en su caso, estuviere establecido.

2. El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y será adecuado a los fines de aquello.»

Esta triple dimensión, competencia, contenido y fines, constituye un buen índice de muestra para demostrar la especial posición de la Administración pública al Derecho.

(10) En nuestro Ordenamiento vigente, el principio de sumisión a la ley de la Administración se encuentra recogido en diferentes apartados. Aparte de la cláusula de sumisión general al Ordenamiento de todos los operadores jurídicos, contenida en el artículo 9.1 de nuestro Texto Fundamental —«Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento»—, y que se especifica en su párrafo 3, en donde se garantiza el principio de legalidad, jerarquía normativa o de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, respecto de la Administración se indica que ejerce su actividad «con sometimiento pleno a la ley y al Derecho». Este sometimiento, a efectos prácticos, se traduce en la constitución de la legalidad —entendida como bloque, es decir, no reducida al rango formal de Ley— como parámetro para el control jurisdiccional de su actuación («Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican», art. 106.1 CE).

(11) Principio que con mayor profundidad ha estudiado VILLAR PALASÍ (*Curso de Derecho administrativo*, tomo I, cit., págs. 61 y ss.).

(12) Esta idea de sumisión a los intereses generales, tanto como fuente de legitimación como criterio de limitación de la actuación del poder público, la podemos encontrar en el Derecho público medieval y moderno. Así, NICOLINI —aunque quizá sea discutible, como lo son todas las trasposiciones históricas— fundamenta en esta gerencia de intereses generales el fundamento último de la potestad expropiatoria —*La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità (Studi sulle dottrina giuridica intermedia)*, Giuffrè, Milán, 1952, pág. 198—. El propio VILLAR PALASÍ —*Curso de Derecho administrativo*, tomo I, págs. 63 y ss.— y ARIÑO —*Derechos del Rey, derechos del pueblo (Apuntes para la configuración histórica del principio de materias reservadas)*, cit., págs. 48 y ss.— han detectado la utilización de esta idea en épocas posteriores al siglo XIX.

El principio de vicariedad queda vinculado al de legalidad a través de la idea

riedad administrativa desempeña una doble función, legitimadora en cuanto justifica la intervención y actuación, y en segundo lugar, de limitación de esa actividad en cuanto implica la incorporación de un parámetro de enjuiciamiento como es la congruencia con los fines que justifican la intervención de la Administración.

III. Con estos rasgos, es difícil trasponer el esquema civil del precario al ámbito de lo administrativo, sobre todo en lo que constituyen los caracteres diferenciales del precario: una mera situación de hecho o de tolerancia gratuita y la libre revocabilidad.

En relación con el primero de los elementos, el principio de legalidad implica que la posibilidad de las utilidades otorgadas a precario deberán estar previstas en la norma, y además deberá tener alguna relevancia pública no incompatible con los fines principales que inspiren la actividad de la Administración, como correlato de ese carácter de servicio que resume la posición vicarial. En consecuencia, y respecto al segundo de los aspectos, la libre revocación goza de análogas restricciones de limitación por la legalidad y congruencia con los intereses públicos; ésta no podrá producirse sino en los supuestos en que lo autoriza una norma y para los fines para los que fue prevista la inclusión de esta cláusula. No puede hablarse de libre revocabilidad respecto de un sujeto del que no puede predicarse una *autonomía de*

de la ley como expresión de la voluntad general, pero ello no implica su dilución en aquél; vamos a encontrarnos en la utilización instrumental de técnicas que, por un lado, van a permitir una progresión en las técnicas de intervención —fundamentalmente a través de conceptos políticos que sufren una progresiva juridificación, como son las ideas de obra pública, servicio público, fomento, etc.— (VILLAR PALASÍ, *Curso de Derecho administrativo*, vol. II, págs. 36 y 37), pero que, a su vez, van a dar nacimiento a nuevas técnicas de control, o la aplicación del principio de proporcionalidad.

Al igual que en el caso del principio de legalidad, la posición vicarial encuentra un apoyo constitucional expreso. En primer lugar, la posición de sometimiento pleno a la legalidad ya constituye un buen índice de este sometimiento, al igual que la idea de servicio objetivo a los intereses generales que se manifiesta en el artículo 103.1 de la Constitución, que, por otro lado, se constituyen en parámetro de enjuiciamiento de la actividad administrativa, como reza el artículo 106.1. No obstante, es preciso indicar que nuestro texto constitucional no reduce esta funcionalización a términos tan genéricos como los indicados. Como hemos indicado, esta funcionalización no se produce únicamente a nivel genérico, sino por sectores, y con una finalidad de progreso social que se plasma en diversos artículos de la Constitución.

Así, por ejemplo, el artículo 9.2 indica:

«Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.»

Por su parte, la protección y promoción de los derechos fundamentales se erigen en verdaderos límites y fines de la Administración, según indican los párrafos 1 y 3 del artículo 53 de la Constitución.

la voluntad (13), al menos en el mismo sentido de la que se predica en favor de los sujetos privados.

Las implicaciones de esta constatación superan, a mi juicio, el ámbito mismo del precario, en cuanto significa el debilitamiento de uno de los presupuestos fundamentales del Derecho patrimonial mismo (14), y nos pone en guardia frente a las importaciones indiscriminadas de las instituciones y las construcciones elaboradas desde ámbitos diferentes al del Derecho administrativo, a la vista de las peculiaridades que impone la presencia de ese sujeto necesario que es la Administración. Evidentemente no podemos abordar en este momento dicha labor de replanteamiento —que a nuestro juicio es impescindible (15)—, por lo que vamos a concentrarnos en las consecuencias que pudiera tener para la cláusula de precario respecto de títulos de legitimación del uso de bienes de dominio público.

2. La cláusula de precario

I. Como queda indicado, algunos autores, conscientes de las particularidades del sujeto Administración y de las situaciones jurídicas en las que participa o crea, han advertido ya de la imposibilidad de la aplicación en bloque de la idea de precario civil al ámbito adminis-

(13) En contra de la idea de existencia de una auténtica voluntad se manifiesta VILLAR PALASÍ (*Apuntes de Derecho administrativo*, tomo II, págs. 20 y ss., y, en colaboración con VILLAR EZCURRA y FERNÁNDEZ GARCÍA, en *Principios de Derecho administrativo*, tomo II, 1987, págs. 59 a 64).

(14) En cuanto a estos presupuestos, consúltese DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 1979, págs. 39 y ss. Como hemos indicado, la dificultad de admitir la existencia de una autonomía de la voluntad tal y como se predica de las instituciones del Derecho civil impide la traslación del esquema en bloque del Derecho patrimonial civil, que, fundamentado en la idea de relación jurídica, eleva a la categoría de presupuesto la realización del propio interés y la existencia misma de la relación, lo que implica, además, una cierta autonomía de la voluntad como *príus* de la relación misma (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, vol. I, cit., págs. 49 y ss. y 65 a 72). En el Derecho administrativo, la voluntad de la Administración viene preconfigurada por la legalidad —sin perjuicio del ámbito de discrecionalidad que la misma norma le conceda— y polarizada al interés público, lo que determina dos consecuencias importantísimas que separan el Derecho administrativo patrimonial del civil: 1.º) la especialidad de cada uno de los regímenes de las relaciones patrimoniales —lo que provoca no sólo la proliferación normativa, de la que la doctrina se ha ocupado con motivo de las exposiciones de estos fenómenos, sino la aparición de verdaderos *estatutos* de estas relaciones, orientadas a finalidades concretas dentro del marco objetivo que significa el interés general—, regímenes que en muchos casos desplazan en importancia a los elementos subjetivos de la relación; 2.º) el carácter normal del control de todos los aspectos de estas actuaciones de la Administración en estas relaciones, frente al carácter excepcional del control de los actos no regulados en la norma que se produce en el Derecho civil, y que constituye esa libertad que presupone el principio de autonomía.

(15) Tema al que dedicamos, por otro lado, el Curso de Doctorado que, dentro del programa del Departamento de Derecho Administrativo, imparto sobre el tema: «Derecho administrativo patrimonial».

trativo (16), así como denunció la incorrecta jurisprudencia que sostenía esta importación en bloque (17).

El análisis de las peculiaridades de la figura que estudiamos se produce bien específicamente, de forma directa sobre la cláusula de precario (18), o bien con ocasión del estudio de la reserva de revocación —dentro de las que la doctrina incluye esta previsión—, como elemento del acto (19). Para nuestro comentario utilizaremos la información que nos proporciona uno y otro tratamiento.

II. Los problemas empiezan con la terminología misma. Su sentido no es claro —como tendremos la ocasión de analizar cuando veamos los efectos—, ya que, como advirtiera GARCÍA-TREVIJANO:

«La palabra “precario” es una de las más desafortunadas del Derecho administrativo, porque nada tiene que ver con el sentido civil. Precaristas somos todos frente a la Administración, si por tal entendemos la inexistencia de posiciones inexpugnables. Lo que sí podemos obtener es una compensación. Por eso el vocablo debe suprimirse de los textos que la utilizan, tanto legales como doctrinales» (20).

(16) Para MARTÍN MATEO, el rasgo diferencial del precario administrativo deviene de los rasgos que caracterizan la posición de la Administración dentro del Ordenamiento: la sumisión a la legalidad y el servicio de los intereses generales (*La cláusula de precario...*, cit., pág. 103). Tales conceptos constituyen su fundamento y limitación, «que viene en definitiva sometida a la Ley y obligada a cuidar del interés público, por lo que la idea básica de interés público, que animará incluso situaciones de mera tolerancia, constituye en la realidad un obstáculo casi insalvable para que puedan crearse situaciones de precarios al civil por las Administraciones públicas» (*op. cit.*, pág. 103). Esto tiene dos consecuencias: primera, la tipicidad de la cláusula del precario, la cual podrá ser impuesta en los casos y con el alcance previsto en la norma (véase, en este sentido, la crítica que realiza el autor a las sentencias de 27 de septiembre de 1965 y 19 de enero de 1967, en *La cláusula de precario...*, cit., pág. 117); la segunda, que el mismo puede y debe atender a una concreta finalidad: en el caso de concesión sobre el dominio público será la protección de la afectación demanial (*La cláusula de precario...*, cit., pág. 120).

(17) En este sentido, véase MARTÍN MATEO, *La cláusula de precario...*, cit., páginas 116 y ss., y PÉREZ OLEA, *Las concesiones de dominio público a título de precario*, núm. 24 de esta REVISTA, 1957, págs. 187 y ss.

(18) Normalmente, en relación con títulos de aprovechamiento de bienes demaniales, véase bibliografía citada más arriba, además de los manuales que sobre el dominio público se citan a continuación.

(19) En este sentido, y en relación con nuestro Derecho, véase fundamentalmente GARCÍA-TREVIJANO (*Los actos administrativos*, cit., págs. 175 y ss.) y el propio MARTÍN MATEO (*La cláusula de precario...*, cit.). Ambas obras recogen una excelente referencia a la caracterización doctrinal de este problema, aunque la primera respecto de la teoría general del acto y la segunda buscando las señas de identidad específicas cuando se incorporan a la concesión de dominio público.

Para un resumen de las posiciones relacionadas con la *reserva de dispensación*, véase, además de la obra de GARCÍA-TREVIJANO, el libro de SALA ARQUER, *La revocación...*, cit., pág. 266.

(20) «Resumiendo nuestro punto de vista: las cláusulas de reserva de revocación deben mirarse con suma cautela» (*Los actos administrativos*, 1986, pág. 181).

La anterior afirmación de GARCÍA-TREVIJANO menciona implícita o explícitamente los problemas fundamentales de esta figura, y que, como tales, han llamado la atención de la doctrina: 1.º la posibilidad misma de su inclusión en las relaciones teniendo en cuenta la especial sumisión de la Administración a la ley; 2.º las condiciones de validez de su ejercicio y en especial su control; 3.º las consecuencias de su ejercicio, concretamente en relación con la indemnizabilidad de los daños que se ocasionen (21).

A) *La posibilidad de su inclusión en los títulos jurídicos administrativos.*

I. La primera de las cuestiones que implica puede ser estudiada en relación con dos cuestiones: la necesidad de que la cláusula esté prevista en la norma, y el tipo de acto sobre el que puede operar.

En relación con el primer tema, la doctrina no muestra un criterio único. Así, mientras que SALA ARQUER ha propugnado la necesidad de que ésta esté expresamente prevista en la norma (22), GARCÍA-TREVIJANO entiende que este requisito no es imprescindible, así que podrá incluirse, en principio, y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, siempre que una norma no lo prohíba expresamente (23), mientras que VILLAR PALASÍ opina que la necesidad de precisión tan sólo es necesaria cuando dicha cláusula implica la indemnización para la Administración (24) —no obstante, la posición de SALA ARQUER puede aproximarse a ésta, debido a los efectos de eliminación de toda indemnización que este autor asocia a la inclusión de la cláusula de precario—. Para MARTÍN MATEO, la inclusión de la cláusula precarial será posible cuando venga autorizada legalmente para ello o haga uso de las facultades discrecionales de permitido ejercicio cuyo sentido aparezca deducirse del acto concesional dirigido, en todo caso, a salvar el fin primordial al que sirve el bien de dominio público (25). No obstante, en cuanto a la posición de este último autor hay que resaltar que, en congruencia con la perspectiva adoptada para el tratamiento del tema, desde la concesión demanial de usos anómalos de bienes

(21) Sin embargo, y antes de proceder al estudio de tales cuestiones, debemos hacer una salvedad: el presente estudio va a concentrarse en el significado de la cláusula accesoria y no del precario como contrato o cesión de uso.

(22) SALA ARQUER, *La revocación de los actos administrativos en el Derecho español*, 1974, cit. Hay que advertir que este autor vincula la reserva de revocación con la eliminación de la indemnización.

(23) *Los actos administrativos*, cit., pág. 179.

(24) «El caso específico de la revocación sin indemnización típico del Derecho administrativo poco tiene que ver con el precario civil (*quod praecibus aliquid concedetur*); no es justificado más que cuando la norma lo autoriza (...), pero no con carácter general, pues vendría a legitimar una confiscación al arbitrio de la Administración; sin que valga el argumento *volenti non fit injuria*, pues la situación fáctica puede ser compulsiva para el administrado» (*Apuntes de Derecho administrativo*, tomo II, cit., pág. 73).

(25) *La cláusula de precario...*, cit., pág. 111.

demaniales —o en terminología de PARADA VÁZQUEZ, de utilizaciones privativas de bienes destinados al uso público (26)—, y al estar considerada conectada la previsión precarial con la causa misma del negocio concesional, *está introduciendo una suerte de semitipicidad en función del acto sobre el que recaiga, en función de que su causa implique esa precariedad de efectos, que la separa de alguna forma, de las posiciones que entienden que es innecesaria la previa habilitación legal* (27).

Ante tal dispersión de opiniones únicamente podemos tratar de deducir sobre las diversas tesis que maneja la doctrina. En un primer paso podríamos sintetizar estas diferentes opiniones en las siguientes:

- a) necesidad de norma que lo prevea expresamente, en todo caso, o al menos, en aquellos supuestos en que la precariedad implique ausencia de indemnización por la revocación del título;
- b) necesidad de norma bien de forma expresa, bien de forma implícita cuando la causa del negocio así lo admita;
- c) innecesariedad de norma que expresamente lo prevea, y siempre que una norma no lo prohíba.

En un segundo paso ya podemos extraer, al menos, un único punto de acuerdo que podemos concretar en la siguiente afirmación: siempre que lo prevea la norma expresamente, procede la cláusula de precario y será válida, al igual que será improcedente cuando la ley lo prohíba expresamente.

Pero es preciso dar un paso más; el carácter fundamentalmente práctico del precario obliga a admitir su aparición respecto de aquellos títulos que por su carácter excepcional o temporal acarrearán implícitamente un *ius variandi* o *revocandi*, en atención a los fines fundamentales a los que debe servir la cosa o la actividad respecto de la que se establece el título (28). Queda una zona de penumbra respecto de

(26) PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo (Bienes Públicos y Urbanismo)*, 1988, págs. 75 y ss.

(27) Siguiendo el estudio de este autor, la cláusula de precario constituye una reserva de revocación del título conforme al que se produce el uso del bien demanial, «que determina la salvedad causal de que con tal acto se aborda un resultado compatible por el momento con un determinado interés público prevalente, pero ante la eventualidad de que éste pueda ser obstaculizado en el futuro, para su plena efectividad se prevé la revocación del acto si el cambio de circunstancias produce un desequilibrio entre los intereses en juego, con merma de aquellos que deben ser los más destacadamente atendidos» (*La cláusula de precario...*, cit., pág. 100).

Sobre estas bases, esta cláusula se caracteriza por implicar una declaración de voluntad —que la diferencia de las situaciones meramente fácticas toleradas—, consistente en una reserva expresa de poderes y que implica una relación especial de sujeción (*La cláusula de precario...*, cit., pág. 95). Y concluye respecto de la naturaleza de esta cláusula que «... es desde la perspectiva de la causa del negocio jurídico-administrativo como puede adecuadamente explicarse la figura del precario» (*op. cit.*, pág. 99).

(28) Dentro del Derecho francés, tanto el *retrait*, en la *permission de voirie*, así como la afirmación de *precarité* o *inopposabilité à l'administration propriétaire*, que se predica de las concesiones y que podrían considerarse como supuesto de reservas de revocación inherentes al título. Sobre estos títulos de ocupación en el

aquellos supuestos no contemplados en los apartados anteriores, formada por los casos en que ni se trate de supuestos ni expresa, ni implícitamente incluidos, ni estén expresamente excluidos, dentro del que trataremos discernir a partir de las ideas que siguen (29).

II. Pero antes de abordar el tema respecto de los actos singulares sobre los que pueden recaer, debemos acometer lo que constituye una dura comprobación respecto de la tesis partidaria de la tipicidad de la cláusula de precario como es el de su relación previsión legal e inclusión. En general, en este punto, la cláusula parece ser algo externo al título mismo. En efecto, MARTÍN MATEO ha indicado que «si la Administración omitiera incluir la cláusula de precario, pese a venir obligada a ello, podría a lo más intentar la anulación del acto, pero no apoyarse directamente en la norma para imponer las consecuencias de la precariedad» (30), de donde colige que se trata de una reserva expresa de poderes. GARCÍA-TREVIJANO establece que «existe discrecionalidad para insertarla...» (31). Tales afirmaciones, al menos en principio, parecen contradecir cuanto se acaba de indicar (32).

En efecto, si una norma prevé expresamente la debilidad de un título frente a una decisión administrativa, ¿puede la falta de previsión en el título enervar el poder de la Administración para revocar el mismo? Aun en los casos que hemos calificado como previsión implícita en función del título precisamente el interés implícito del título mismo no parece hacer relevante su inclusión o no en el acto. Únicamente podemos establecer tres hipótesis en las que la incorporación de dicha cláusula puede ser discrecional: cuando así expresamente lo prevea la norma, supuesto que no presenta violencia alguna a la tipicidad de la cláusula; en segundo lugar, cuando su inclusión produzca unos efectos especiales, fundamentalmente la reducción de la indemnización, lo que puede ser una subespecie de la anterior, y para aquellos casos, si es que esta hipótesis puede admitirse, en que no esté previsto en norma alguna. Es este último caso el que presenta una

Derecho francés me remito, por todos, a LAUBADERE (*Traité de Droit administratif*, tomo 2.º, 1986, págs. 204 a 218) y DUFAY (*Le domaine public*, 1977, págs. 341 y ss.).

En Italia, la precariedad del que realiza un uso especial o privativo o excepcional se entiende implícita al título (SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 1982, págs. 642 y 104, y GIUCCIARDI, *Il Demanio*, 1934, págs. 338 y 354 a 359).

No obstante, no es necesario acudir al ejemplo del Derecho comparado para justificar esta solución: la vinculación de los títulos de utilización común especial en el ámbito local a «la naturaleza del dominio, a los actos de su afectación y apertura al uso público y a los preceptos de carácter general» (art. 77.1 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, de 13 de junio de 1986).

(29) En cuanto a la discusión sobre la posibilidad misma de esta zona de penumbra, véanse las págs. 269 a 272 del libro de SALA ARQUER, *La revocación...*, cit.

(30) *La cláusula de precario...*, cit., pág. 94.

(31) *Los actos administrativos*, cit., pág. 180.

(32) Esta idea de no inherencia al título parece concordar con la idea de LUCIFREDI de tratar a esta cláusula como contenido accidental del acto (*L'Atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, 1963, págs. 216 y ss.), posición que sigue en nuestro país GARCÍA-TREVIJANO (*Los actos administrativos*, cit., pág. 174).

más problemática aceptación, sobre todo desde el punto de vista del interés público y de la idea funcional a la que suelen responder la totalidad de las instituciones administrativas. En gran medida si aceptamos la posibilidad de la previsión implícita de la cláusula de precario siempre que aparezca una debilidad en el acto que permita la inclusión de la cláusula, existirá tal previsión (33).

III. Muy conectado con lo anterior es la determinación de qué títulos pueden ser objeto de esta cláusula. En principio, la doctrina parece conforme con la vinculación de esta previsión con la discrecionalidad, indicándose que no cabe cláusula de precario respecto de los actos reglados (34). Para GARCÍA-TREVIJANO la imposición de esta cláusula se refiere a los actos *discrecionales en su contenido* (35). La diferencia apreciable entre las dos hipótesis nos coloca ante un problema cuya resolución condiciona esta relación discrecionalidad y reserva de revocación o precario, y que va a significar la necesidad de distinguir dos hipótesis según aquella cualidad exigible para la admisión del precario, se proyecte sobre su otorgamiento o sobre su contenido.

Esta cuestión presenta una complejidad tal que hace imposible su tratamiento en profundidad en este momento, ya que alcanza al concepto mismo de discrecionalidad (36). No obstante, bástenos algunas ideas para mostrar dicha complejidad y tratar de determinar las implicaciones que tienen respecto del problema que tratamos.

En primer lugar, no es posible establecer pacíficamente una relación de implicación entre precariedad y otorgamiento discrecional. En este sentido téngase en cuenta que, pese a figurar la cláusula de precario como cláusula de estilo en las autorizaciones para el uso común especial, el carácter del procedimiento de otorgamiento no tiene por qué ser calificado como discrecional (37). En efecto, en nuestro derecho podría mantenerse el carácter reglado de su otorgamiento, por

(33) La conclusión de las anteriores consideraciones parece apuntar a la inutilidad de la previsión de la cláusula de precario en los supuestos que, ya por previsión expresa de la norma, ya por la naturaleza del título, en cuanto que la misma añade nada o muy poco a lo que prevea aquella, salvo que atribuya la opción de su inclusión o no. Recuérdese lo que indicara GARCÍA-TREVIJANO al estudiar la reserva de revocación: «Pierde su fuerza y virtualidad cuando los actos sean ya por sí mismos revocables (*secundum norma*)» (*Los actos administrativos*, cit., pág. 179).

(34) En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, vol. I, 1978, pág. 448.

(35) *Los actos administrativos*, cit., págs. 179 y 180. La vinculación precariedad y discrecionalidad parece provenir del Derecho italiano y de la correlación entre derecho debilitado (*affiolito*) y precario. La doctrina italiana, para justificar la cláusula de precario, no concede al titular de la concesión o autorización un derecho a mantener su posición frente a la Administración, sino que al poder ésta remover el título cuando así lo exija el interés público sólo podemos estar ante un derecho debilitado (SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. 1.º, pág. 642, y vol. 2.º, pág. 704), o un mero interés legítimo o expansión de la libertad (GIUCCIARDI, *Il demanio*, págs. 338 y 354 a 359).

(36) GARCÍA-TREVIJANO, *Los actos administrativos*, cit., pág. 179.

(37) Véase, al respecto, FUENTES BODELÓN, *Derecho administrativo de los bienes*, 1977, pág. 117, citando doctrina alemana.

un lado, dado el carácter mismo de su forma de uso, que al ser común implica un derecho de uso mientras subsista el interés público sobre el que se apoya, y al menos alguna doctrina así lo apoya cuando ese uso esté reglamentado (38). Por otro lado, el hecho de que siempre que no esté limitado el número de las autorizaciones, proceda la adjudicación directa de la licencia, así que como únicos condicionamientos de la misma se establezcan en atención de conceptos jurídicos indeterminados tales como «la naturaleza del dominio a los actos de afectación y apertura al uso público y a los preceptos de carácter general» parecen dotar de un sentido reglado a ese procedimiento (39).

Pero incluso respecto de los supuestos de discrecionalidad de la Administración, la vinculación entre aquélla y la cláusula del precario no queda comprobada, como puede desprenderse, por ejemplo, de constituir un elemento reglado de la concesión demanial local, conforme se desprende de la cláusula 10.^a del artículo 80 Rto. BCL:

«En toda concesión sobre bienes de dominio público se fijarán las cláusulas con arreglo a las cuales se otorgare, y sin perjuicio de las que se juzgaren más convenientes, constarán las siguientes:

(...)

10.^a Facultad de la Corporación de dejar sin efecto la concesión antes del vencimiento, si lo justificaren las circunstancias sobrevenidas de interés público, mediante el resarcimiento de los daños que se causaren, o sin él cuando no procediere.»

Si bien es cierto que la fijación de las condiciones de la concesión tienen carácter discrecional, tal cualidad no afecta a la inclusión de la reserva de revocación.

A nuestro juicio, la distinción a la que se alude con este intento de diferenciación se refiere más bien al objeto de reconocimiento. Cuando éste es un derecho respecto del que la Administración sólo ejerce una potestad de fiscalización, entonces lógicamente no parece procedente la inclusión de una cláusula de precario, pero en otro caso cuando la tutela de un interés público implique la subordinación de los derechos o ventajas obtenidos por los particulares a intereses públicos prevalentes, entonces es posible la precariedad para proteger a este último.

IV. Todavía dentro de la consideración de los límites de la inclusión y relacionado con lo anterior, hay que tratar el análisis de los títulos de utilización del dominio público que admiten la incorporación de la cláusula de precario. En principio, la aplicación de esta cláusula

(38) GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, 1977, pág. 544, nota 63.

(39) Artículo 77.1 Rto. BCL.

parece estar limitada a aquéllos que legitiman el uso común especial y los usos anómalos (40) o anormales (41), pero incluso en la actualidad se admite con naturalidad su inclusión en las concesiones como hemos podido comprobar respecto de la normativa local (42). Para PARADA VÁZQUEZ (43) la indemnizabilidad o no del precario depende de la naturaleza del título de ocupación del dominio público. Este autor solamente trata el tema con ocasión del estudio del uso privativo de bienes afectados al uso público —lo que normalmente se conoce por uso anormal o anómalo—, distinguiendo entre las hipótesis de *estacionamientos*, utilizaciones que suponen la variación física del inmueble, en los que la revocación no es susceptible de indemnización (44), y *ocupaciones*, respecto a las que el particular sí tiene derecho de indemnización en caso de revocación.

En otros ámbitos, la cláusula de precario parece estar vinculada a la autorización de usos o actividades de carácter temporal o provisional tales como son los supuestos contenidos en el artículo 58.2 de la Ley del Suelo (45).

B) *El ejercicio de la facultad revocatoria y su control.*

I. Poco hay escrito sobre el deber de ejercicio de la cláusula de precario, por lo que deberemos atenernos a los principios generales de ejercicio de la competencia (46). A este respecto GARCÍA-TREVIJANO indica que por un lado es preciso el ejercicio expreso de la cláusula y su ejercicio no es reglado (47).

(40) Nos parece que el término *anómalo* responde mejor a la idea de rendimiento marginal, no incluido dentro de la afectación principal, que el término *anormal*.

(41) *La cláusula de precario...*, cit., págs. 104 a 106.

(42) En este sentido puede consultarse la sentencia de la Sala 4.ª TS de 8 de julio de 1987 (Ponente: FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO; Aranzadi: 6870).

(43) *Derecho administrativo (Bienes públicos y urbanismo)*, 1988, págs. 73 y ss.

(44) *Op. cit.*, pág. 77.

(45) Ley de Suelo y Ordenación Urbana, de 9 de abril de 1978.

También en este ámbito el Tribunal entra a revisar la denegación de la licencia «a precario» otorgada para realizar estas actividades. Véanse, en este sentido, las sentencias de la Sala 4.ª TS de 18 de noviembre de 1986 y de 17 de junio de 1987 (en ambas el Ponente fue FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO; Aranzadi: 902 y 6504, del repertorio de 1987).

(46) Se plantea el espinoso tema del deber de actuación de la competencia, que por no constituir tema principal de este comentario no abordamos. Unas acertadas reflexiones sobre el tema pueden encontrarse en SALAS, «El tema de las competencias: instrumentación de las relaciones entre el Estado y la Administración Local desde la perspectiva de la descentralización territorial», en *Descentralización administrativa y organización política*, tomo III, 1973, págs. 303 y ss.

(47) En palabras de este autor:

«No actúa automáticamente, sino que precisa un acto formal de revocación. De aquí su superioridad sobre condiciones o términos, ya que antes de dictarlo podrá y deberá la Administración replantear la situación objetiva del momento para llevarlo a cabo, no hacerlo o demorarlo... e) Una vez admitida y fijada, la Administración "debe" actuarla, es decir, proceder a darle eficacia dictando el acto

II. Por otro lado —y es lo que más nos interesa en este punto— hay que determinar qué tipo de control puede realizarse sobre esta medida. Superada una jurisprudencia inicial que se negaba a admitir la posibilidad del control mismo, poco a poco se ha ido abriendo un progresivo control acorde con los fines propios de la cláusula (48), que se constituyen en el parámetro fundamental de su enjuiciamiento (49). Por último, conforme a lo que indica GARCÍA-TREVIJANO:

«No produce ninguna inversión de la carga de la prueba. El acto revocatorio goza de la presunción de legalidad y es el recurrente el que debe probar que no obedece a criterios objetivos de interés público» (50).

Esto último no elude, evidentemente, el deber de motivar el acto justificando la causa de la revocación.

C) *Efectos del ejercicio de la cláusula de control.*

I. El preguntarse por la eficacia del precario es en gran medida preguntarse por las finalidades del mismo. El precario tiene en primer lugar una finalidad de evitar la consolidación de derechos por la reserva de revocación que implica. Sin embargo, como hemos indicado, si el precario trae su causa expresamente en la norma tendremos que volver a preguntarnos qué añade esta cláusula al acto principal, sobre todo cuando su inclusión y ejercicio parecen estar predeterminados por el interés demanial al que sirven. Únicamente puede darse sentido a la cláusula si su inclusión fuera discrecional, pero ya vimos las

revocatorio, pero por un deber de buena administración, ya que no existe vía jurídica para hacerlo valer ante un Tribunal» (*Los actos administrativos*, cit., pág. 179).

(48) Indica MARTÍN MATEO:

«Necesitará venir autorizada legalmente para ello o hacer uso de facultades discrecionales de permitido ejercicio cuyo sentido aflore inequívocamente en el contexto del acto concesional. Habrá, pues, que investigar el fin práctico, el resultado concreto perseguido con el negocio concesional e incorporado a su causa, más allá de la aislada virtualidad de los términos utilizados. No bastará con afirmar que una concesión se realiza a precario para obviar toda clase de responsabilidades futuras de la Administración; será preciso que su causa exija tal requisito y que otros términos de la concesión no anulen o invaliden aquella declaración. Si el precario en la concesión de dominio público tiene algún sentido, éste no puede ser otro que el mantenimiento del fin primordial del bien y no de cualquier interés público distinto o conveniencias administrativas ajenas» (*Los actos administrativos*, cit., pág. 111).

(49) En este sentido, GARCÍA-TREVIJANO indica que «en cambio, si es fiscalizable por desviación de poder el acto revocatorio dictado por el mecanismo de la reserva, porque debe obedecer a razones objetivas y, por ende, controlables *ad extra*» (*Los actos administrativos*, cit., pág. 180).

(50) *Los actos administrativos*, cit., pág. 180; SALA ARQUER, *La revocación...*, cit.

dificultades que aquella idea ocasionaban y que parecían contradecir el fundamento mismo del uso concedido (51). En otro caso, la inclusión de la cláusula tendría unos efectos meramente nominales destinados a dar certeza de la existencia de la reserva (52).

II. La cláusula de precario también va asociada a otro efecto fundamental: la limitación de la responsabilidad de la Administración por los daños que ocasione su ejercicio cláusula. A estos efectos, la doctrina señala que la inclusión de esta previsión no tiene por qué implicar necesariamente la irresponsabilidad de la Administración. Así, por ejemplo, VILLAR PALASÍ entiende que para que proceda la no indemnización de los daños por causa de la revocación es imprescindible la interposición de una ley (53); sin embargo, para GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ esta falta de indemnización estaría ligada a la naturaleza del acto al que se incorpora, procediendo únicamente en los casos en que aquél implique un uso temporal o de mera tolerancia. En este punto, MARTÍN MATEO distingue entre dos tipos de precariedad: 1) la de primer grado, en la que la desaparición de la situación puede implicar el deber de indemnizar los perjuicios, y 2) precariedad de segundo grado, «cuyos efectos se prolongan hasta la eliminación de cualquier pretensión indemnizatoria» (54). Sin embargo, no significa una gran modificación respecto de la posición de GARCÍA DE ENTERRÍA, al vincular la pertenencia a uno y otro supuesto, su carácter de verdadera situación jurídica o de mera tolerancia (55).

Por último, debemos citar la posición de GARCÍA-TREVIJANO, que en palabras del mismo autor podría sintetizarse de la siguiente forma:

«Es fiscalizable la inserción, que debe declararse anti-jurídica, cuando se incluyan cláusulas de precario en todo caso, es decir, que excluyan *a priori* toda indemnización. En efecto, el derecho a ser indemnizado es una cosa, y otra muy distinta el derecho a cobrar, porque se puede tener derecho y no demostrar perjuicios. Por eso no se puede incluir una cláusula que, de antemano, excluya el derecho. Es un problema de prueba» (56).

(51) Véase cuanto se dijo más arriba.

(52) Recuérdense las palabras de GARCÍA-TREVIJANO, que hemos recogido en otra parte de este trabajo: «Precaristas somos todos ante la Administración, si por tal entendemos la inexistencia de posiciones inexpugnables» (*Los actos administrativos*, cit., pág. 181).

(53) *Apuntes de Derecho administrativo*, tomo II, pág. 73.

(54) En general, todo el artículo (*La cláusula de precario...*), pero especialmente pueden consultarse las conclusiones expuestas en las págs. 120 y 121.

Respecto de este problema en relación con las instalaciones telefónicas, véase la bibliografía citada en nota anterior.

(55) Este parece ser el rasgo distintivo entre unas y otras (*La cláusula de precario...*, cit., págs. 120 y 121; en sentido análogo, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, vol. I, pág. 448).

(56) *Los actos administrativos*, cit., pág. 179.

Si quisiéramos extraer una línea conductora de las posiciones aquí expuestas podríamos establecer las siguientes: 1) en ningún caso toda cláusula de precario implica la eliminación de la indemnización (57); 2) la procedencia de tal indemnización depende de los derechos e intereses afectados, y del grado de consolidación de las situaciones que se originen con el acto otorgado a precario (58); 3) la previsión expresa de la exclusión de indemnización parece ser suficiente para la eliminación de aquélla, sin perjuicio que esta regla deba ser corregida esa cláusula con los principios constitucionales vigentes en materia de garantía patrimonial fundamentalmente, que prohíbe la confiscación de bienes (59), o Principios Generales del Derecho, como el de enriquecimiento sin causa (60).

D) *Líneas de caracterización de la cláusula de precario.*

I. Esta dispersión de ideas hacen muy difícil de determinar una teoría general del precario. Sin embargo, hemos de ensayar el aislamiento de alguno de los caracteres de esta institución, al menos a los meros efectos de nuestro comentario.

Siguiendo el esquema utilizado en la exposición, el primer problema que nos encontramos es la posibilidad de la inclusión misma, la cual hemos vinculado a la necesidad de existencia de una habilitación explícita o implícita al título a nivel legal. Su inclusión, aunque calificada generalmente como discrecional en el título, entendemos que desempeña un papel más de elemento de certeza que innovativo del título —lo que pone en tela de juicio su carácter accesorio—, y que no procede respecto de aquellos actos en que una norma los prohíbe expresamente o títulos que implican el reconocimiento reglado de un derecho.

II. Su ejercicio tiene que ser expreso y es discrecional sin perjuicio de las potestades de control reconocidas en favor de la Jurisdicción contencioso-administrativa, dentro del que cobra un especial significado el realizado en congruencia de sus fines.

(57) En contra se manifiesta, como se recordará, SALA ARQUER, que entiende que la esencia de la cláusula consiste en evitar el deber de indemnización. Véase *supra*.

(58) Recuérdense las afirmaciones recogidas de PARADA VÁZQUEZ al poner en relación título de uso y forma de uso e indemnización (*Derecho administrativo*, cit., págs. 81 y ss.).

(59) Como puede argumentarse sobre la tesis de VILLAR PALASÍ, enunciada en otra época, en la que la efectiva garantía patrimonial aparecía enunciada en un texto con rango legal simplemente.

(60) Tal puede ser la causa de que, en supuestos de mal llamados precarios desprovistos de indemnización, se permita al precarista, una vez revocado el título, retirar los materiales empleados en las instalaciones provisionales para evitar así una situación de enriquecimiento injusto en favor de la Administración (véase, por ejemplo, lo dispuesto en el artículo 37 del Real Decreto-ley de 19 de enero de 1928, por el que se aprueba la Ley de Puertos).

III. Por último, en cuanto a sus efectos implica un debilitamiento del derecho del usuario del bien. En relación con la indemnización o no de la revocación o variación habrá que estar a la regularidad del ejercicio de la cláusula, y las situaciones que estén afectadas, sin perjuicio de las disposiciones que limiten o excluyan la responsabilidad de las Administraciones, interpretadas éstas dentro del contexto constitucional vigente en materia de garantía patrimonial. En definitiva será el enjuiciamiento concreto de cada situación el que establecerá la procedencia o no de la indemnización.

III. LAS SENTENCIAS DE 21 DE MAYO Y 3 Y 5 DE JUNIO DE 1987

I. Tres recientes sentencias dictadas en el año 1987 parecen llevarnos a conclusiones semejantes a las establecidas en este estudio.

A) *Control de la potestad de inclusión de la cláusula de precario en los títulos legitimadores de la utilización de los bienes de dominio público*

I. En concreto, la sentencia de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1987 (61), en la que se impugna la inclusión de una cláusula de precario en una licencia de ocupación de dominio público por un Centro de Transformación, «Auteberría», se ocupa tanto de la legalidad de la inclusión de la cláusula como de la posibilidad del control de su ejercicio.

En la misma se recoge expresamente en su fundamento jurídico segundo la argumentación de una anterior de la misma Sala de 29 de octubre de 1979 (62):

«... la legalidad de esta clase de cláusulas, tradicionalmente impuesta por la Administración en defensa de la titularidad y afectación de dichos bienes de dominio y uso público, ha dado lugar a una problemática doctrinal en la que ha triunfado como criterio dominante el de que la Administración carece de facultades para atribuirse por

(61) Ponente: Mariano DE ORO PULIDO Y LÓPEZ; Aranzadi: 5918.

(62) Ponente: Eugenio DÍAZ-EIMIL; Aranzadi: 3545. Los hechos de esta sentencia coinciden sustancialmente con los que se discuten en la sentencia de 3 de junio de 1987; son los siguientes: la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Granada otorgó a la Compañía Sevillana de Electricidad, S. A., licencia en precario para la construcción de un centro de transformación de energía eléctrica denominado «Paseo de los Basilio» y el tendido de cable eléctrico subterráneo de alta tensión para su alimentación, reservándose la Corporación la facultad de revocar la licencia sin que la interesada tuviera derecho a indemnización. Interpuesto el recurso contra la inclusión de tal cláusula, la Audiencia lo estima revocando el acto, y el TS, en apelación, revoca la sentencia confirmando el acto.

medio de dichas cláusulas el poder ilimitado de revocar a su libre voluntad y sin compensación indemnizatoria el uso otorgado y, en su consecuencia, que tales cláusulas no aseguran la absoluta inmunidad de la Administración para eliminar la situación jurídica sobre la que parece gravitar el precario administrativo, por la mera introducción de este término, sino la licitud de la revocación o modificación o reconversión del uso conferido exige de estas facultades vengan legalmente autorizadas de acuerdo con el sentido, finalidad y contexto de la concesión o autorización otorgada, y por tanto, para determinar la validez y eficacia de las facultades revocatorias o modificativas que la Administración se autoconceda por la cláusula de precario será preciso investigar el fin concreto del acto concesional o autorizante del uso y examinar las razones de oportunidad en que se apoye dicha revocación o modificación, así como los planes o proyectos en cuya realización se ejercitan, determinando si este ejercicio responde plenamente a la protección y salvaguarda del primordial destino del bien de dominio público sobre el que recae el uso anormal conferido... de la doctrina expuesta, si bien pone de relieve que en principio carecen de validez aquellas cláusulas de precario que confieren a la Administración un poder de revocación sólo dependiente de su libre voluntad, también evidencia que es prematuro pronunciarse sobre los efectos indemnizatorios de una posible revocación mientras ésta no se ejercite de manera real y presente, pues solamente cuando la Administración lo haga o la intente hacer efectiva es cuando se conocerán todas aquellas circunstancias y condiciones de ejercicio» (63).

II. En muy parecidos términos se había manifestado otra —también mencionada en el fallo que comentamos— de la misma Sala y Ponente, y de fecha 23 abril 1980, en este caso relativa a la instalación de unos postes de teléfonos en la carretera provincial de Lobera a Entrimo (64).

(63) La doctrina recogida en el fundamento jurídico segundo de la sentencia de 3 de junio de 1987 resume los fundamentos jurídicos segundo y tercero de la de 29 de septiembre de 1979. La inspiración doctrinal de esta última sentencia es clara, sobre todo si consideramos la siguiente referencia: «... todas estas ideas dan lugar a que sea preciso distinguir entre una precariedad de primer grado que lleva aparejada indemnización y otra de segundo grado que no comporta indemnización...» (Considerando 2.º de la sentencia de 29 de septiembre).

(64) Ponente: Eugenio Díaz-EIMIL; Aranzadi: 2719. Los hechos establecidos por la sentencia son los siguientes: a solicitud de la CTNE, la Diputación Provincial de Orense concede autorización para instalar cuatro postes en la zona de influencia de la carretera de Lobera a Entrimo, en la que se incluye una cláusula de precario. La CTNE recurre contra la inclusión de la cláusula, resolviendo la Sala de La Coruña la inadmisibilidad del recurso. Promovida la apelación, la sentencia estima en

También en este caso la inspiración doctrinal parece clara. Tras analizar las causas de inadmisión apreciadas por la Sala de instancia, se indica que en

«... la doctrina general de las llamadas cláusulas de precario administrativo se ha venido sosteniendo el criterio de que la Administración carece de facultades para atribuirse por medio de dichas cláusulas el poder arbitrario de revocar o modificar a su libre voluntad y sin compensación indemnizatoria el uso anormal concedido o autorizado y que, en su consecuencia, tales cláusulas no aseguran la absoluta inmunidad de la Administración para eliminar la situación jurídica sobre la que se hace proyectar el precario administrativo, por la mera introducción de este término, sino que la licitud de la revocación, modificación o reconversión del uso conferido exige de estas facultades vengán autorizadas por normas de derecho positivo que constituyan el estatuto legal de la concesión o autorización otorgada y, con fundamento en tales ideas, se ha venido haciendo una aplicación poco matizada de las mismas, que debido a una deficiente elaboración doctrinal entendía que dichas cláusulas son nulas y que procede declarar su nulidad de una manera abstracta y en fase de constitución de la relación jurídica de concesión o autorización, sin necesidad de esperar a que la Administración ejercite de forma concreta y actual esa facultad de revocación o modificación a que se refiere la cláusula impuesta y ello supone determinar *a priori* los efectos y consecuencias de una posible futura revocación o modificación del uso conferido, antes de que ésta se produzca, olvidándose con ello que para resolver la validez y la eficacia de estas facultades revocatorias o modificativas de la Administración es imprescindible investigar el fin concreto del acto concesional o autorizante del uso y examinar las razones de oportunidad en que se apoye dicha revocación o modificación, así como los planes o proyectos en cuya realización se efectúan, determinando si este ejercicio responde plenamente a la protección y salvaguarda del primordial destino del bien de dominio público... y dilucidando a efectos indemnizatorios cuáles son las circunstancias de estabilidad o interinidad del uso y las condiciones de alteración de la causa originaria de esta situación jurídica de uso que acompañan a la acción

parte el recurso, pero confirma los acuerdos de la Diputación, sin perjuicio de la impugnación por parte de la recurrente de los actos de variación respecto de la instalación.

revocatoria o modificativa, siempre enjuiciable con conexión con la teoría general del negocio jurídico» (65).

Estos razonamientos apuntan a consagrar las limitaciones establecidas por la doctrina a la que nos hemos referido y en la que la regularidad del ejercicio de la cláusula de precario está condicionada a la adecuación con ley y en la congruencia con los fines en consideración con los cuales se establece el título de precario.

III. Sin embargo, y a pesar de tan amplia referencia a esta doctrina, el problema que se resuelve en estas sentencias no es el del control del ejercicio de la cláusula, sino el de la legalidad de su inclusión sin que esté expresamente prevista; es la potestad de la Administración para introducir la cláusula de precario en los títulos que legitiman el uso anómalo de los bienes de dominio público. Y como puede desprenderse de las referencias realizadas con anterioridad, los Tribunales confirman la legalidad de estas cláusulas, basándose en esa legalidad implícita al título concesión de uso anormal y en la existencia de un control *a posteriori* por parte de los propios órganos judiciales, que serán los encargados de analizar la congruencia de su ejercicio con los fines propios de esta institución.

Esto se deriva de los propios términos de las sentencias de 29 de octubre de 1979 y 3 de junio de 1987, cuando indican que «... de la doctrina expuesta, si bien pone de relieve que en principio carecen de validez aquellas cláusulas de precario que confieren a la Administración un poder de revocación sólo dependiente de su libre voluntad, también evidencia que es prematuro pronunciarse sobre los efectos indemnizatorios de una posible revocación mientras ésta no se ejercite de manera real y presente, pues solamente cuando la Administración lo haga o la intente hacer efectiva es cuando se conocerán todas aquellas circunstancias y condiciones de ejercicio». Pero esta idea se refleja de forma más evidente en el Considerando 4.º del Tribunal Supremo de la sentencia de 23 de abril de 1980, cuando, frente al argumento de la representación de la recurrente de la incompatibilidad de la cláusula de precario con la idea de concesión reflejada incluso, en una abundante jurisprudencia anterior, en cuanto que aquéllas «... centran su razonamiento en el concepto de arbitrariedad de la variación de instalaciones que califica de servidumbres legales y en el carácter gratuito que a éstas concede la Base 6.ª del contrato de la Compañía Telefónica con el Estado..., y en el caso presente no puede decirse que la Administración se autoconceda de manera arbitraria el derecho a modificar el emplazamiento de las instalaciones telefónicas a que se refiere su autorización en cuanto que la condición impuesta viene expresamente referida y limitada a circunstancias de interés público en atención al cual tiene la indiscutible facultad de revocación o modificación, ni

(65) Considerando 3.º de la sentencia de 23 de abril de 1980.

tampoco puede afirmarse por anticipado, según las razones más arriba expuestas, si procede o no indemnizar en su caso a la Telefónica de los gastos que dicha posible variación pueda originar».

En definitiva, no es misión de la jurisdicción el resolver agravios futuros. Habrá, pues, que esperar a que se produzca la revocación del título para establecer tanto al legalidad como la procedencia de su ejercicio.

B) *El control jurisdiccional sobre el ejercicio de la cláusula de precario*

I. En este punto debemos considerar que la apreciación de la necesidad de su ejercicio, que implica la valoración de la incidencia del uso concedido y los fines a que sirve el bien de dominio público, implica una gran dosis de discrecionalidad que debe reducir la eficacia del control judicial sobre la misma. Tal dificultad se manifiesta en la segunda de las sentencias que vamos a analizar.

Se trata del fallo de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1987 (66). En esta sentencia se analiza la naturaleza del título de ocupación de por parte del recurrente del bien de dominio público para la instalación de un quiosco-bar en Benidorm (67), y confirma la

(66) Ponente: GUTIÉRREZ DE JUANA; Aranzadi: 6094. Los hechos enjuiciados por la sentencia se resumen en el Considerando 2.º de los de la Sala de instancia, admitidos por el Tribunal *ad quem*, en los siguientes términos:

«... don Vicente L. S. solicitó y obtuvo del Ayuntamiento de Benidorm, en 2 de marzo de 1966, licencia o autorización para instalar un quiosco para expender bebidas, en el parque de Elche de la indicada población, habiendo obtenido poco después licencia para obras menores a fin de instalar aquél, y en años sucesivos, otras licencias para adecuar la acera, revocar paredes, etc., satisfaciendo la tasa de ocupación de la vía pública, desde 50.000 pesetas en el año 1969 a 1.650.000 pesetas en 1983, habiéndose concedido la licencia de instalación, con carácter de precario, desmontable, salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero; en 28 de septiembre de 1983, el Ayuntamiento acuerda la retirada de los quioscos, facultando al Alcalde para la ejecución de lo acordado, y éste, en 23 de noviembre de dicho año, adoptando el acuerdo de requerir al interesado para que hasta fin de dicho año retirara el quiosco-bar, al estar ocupando terreno de dominio público, a lo que se opuso el interesado alegando que en su día sí obtuvo la licencia de ocupación, satisfaciendo los impuestos correspondientes...».

(67) Concluye la sentencia que se trata de un uso privativo, ya que «excluye la posibilidad de utilización por los demás, y como precisa la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1981, tanto si se trata de uso especial como privativo es necesaria la concurrencia de la concesión administrativa...», lo que no concurre en el presente caso, y conforme a la tesis sustentada por la indicada sentencia, ni la mera tolerancia, ni la situación de precario, ni la percepción de tasas pueden sustituir el acto administrativo autorizante, ni la continuidad del precario, que depende de la mera voluntad de la Administración, por lo que es evidente que el Alcalde... pudo... proceder al desahucio administrativo» (Considerando 2.º de la sentencia apelada).

procedencia de la revocación y el desahucio sin derecho a indemnización alguna, toda vez que «...el artículo 113.2 del Reglamento de Bienes establece cómo el titular del contrato de precario y el mero ocupante carecen de derecho de indemnización por extinción de su posesión...», sin que pueda tomarse en consideración la argumentación del recurrente, en cuanto que primero el carácter precario consta en la licencia, y segundo los dieciocho años en los que ejerció la actividad material (68). La sentencia no cuestiona la regularidad del ejercicio de la cláusula de precario, simplemente la confirma, por conocerla el recurrente y por el tiempo de que disfrutó de la concesión (69). ¿Significa ello que en este caso no es necesario enjuiciar la procedencia del ejercicio de esta reserva, una vez que sea suficientemente conocida por el solicitante?

Pero también excluye la indemnización porque la legislación aplicable parece permitir tal posibilidad, pero también teniendo en cuenta el tiempo transcurrido. ¿Tendrá esto algo que ver con las inversiones que tuvo que realizar el recurrente para acondicionar la instalación del quiosco? Si fuera así la Sala habría juzgado la procedencia de la indemnización más allá, incluso, del mandato normativo.

II. La sentencia de 21 de mayo de 1987 (70), en la que se enjuicia la impugnación del acuerdo de la Comisión de Gobierno de Madrid de 24 de junio de 1970, por la que se acordó la revocación de la autorización a título de precario, para llevar a cabo los trabajos de elevación de la tensión de una línea eléctrica sobre terrenos destinados a una Colonia Escolar.

En esta sentencia se establecen como puntos de partida del fallo los siguientes hechos (71):

a) Los trabajos fueron «...autorizados a título de precario y con la obligación por parte de dicha sociedad de modificar el trazado de la misma cuando por conveniencia del normal desarrollo de las actividades escolares sea requerida para ello por el Ayuntamiento».

b) «El Centro Escolar a que se hace referencia es el Internado municipal femenino "Palacio Valdés", que no tiene área acotada para

(68) Considerando 3.º de la sentencia apelada.

(69) La presente sentencia se plantea dos problemas: 1) el título administrativo al que corresponde la autorización de la instalación del quiosco en la vía pública, y 2) el carácter indemnizable de la revocación del título. En relación con el primero de los temas indica que la normativa local determina que el título para la ocupación de bienes de dominio público con carácter privativo, como es la instalación de un quiosco, la figura procedente es la concesión, y que la mera tolerancia ni la exacción de tasas es suficiente para sustituir el acto autorizante. Pero la revocación no implica indemnización porque, además de preverlo así el Reglamento de Bienes, el interesado conocía este carácter desde el contenido de la propia licencia y, en segundo lugar, por cuanto había gozado de ese título durante dieciocho años.

(70) Sala 4.ª del Tribunal Supremo; Ponente: Francisco GONZÁLEZ NAVARRO; Aranzadi: 5832.

(71) Fundamento jurídico segundo.

las actividades recreativas de las niñas, si bien, aproximadamente, utilizan con mayor asiduidad las tres hectáreas más inmediatas a los edificios escolares.»

c) «El edificio principal dista de 720 metros de la línea eléctrica, y la Casita, 395 metros.»

Establecido así el supuesto de hecho la Sala pasa a valorar los intereses en conflicto, el del interés prevalente del uso escolar, y que es causa de la reserva de revocación que implica el precario, y el propio de la línea eléctrica, estableciendo la improcedencia del ejercicio de la cláusula prevista en la autorización al existir medios más adecuados —y posiblemente menos onerosos— que la eliminación de la línea. En esta línea de razonamiento indica la sentencia que si bien la autorización

«... se otorga en precario, la Administración se autolimita en el ejercicio de la potestad revocatoria, la cual habrá de ejercitarse... “cuando [ello venga exigido] por conveniencia del normal desarrollo de las actividades escolares”. Y es el caso que de ninguna manera se ha justificado —ni intentado siquiera— demostrar que el normal desarrollo de esas actividades impone tan drástica medida. Siendo de notar que no parece prudente que el área de recreo de las niñas —y más concretamente de las menores— carezca de acotado alguno. Porque si las distancias de 395 metros y 720 metros —antes indicadas— que median entre la línea y los edificios señalados es suficiente, a la primera vista, para hacer improbable de las niñas en sus esparcimientos recreativos a la línea eléctrica, es lo cierto que una alteración del trazado no garantiza la no comisión de alguna imprudencia. Lo que prueba que el mecanismo adecuado para evitar cualquier accidente no hay que buscarlo en aquella alteración, sino en el levantamiento necesario acotado escolar para las actividades recreativas o de otra índole que deban realizar los alumnos. Por todo lo cual se demuestra la inconveniencia y falta de apoyo jurídico de la resolución municipal revocativa de la autorización y la consiguiente corrección de la sentencia impugnada» (72).

Se trata de un control de la discrecionalidad no ya por los fines, sino en su contenido; a través del principio de proporcionalidad se han valorado los intereses implicados, que el ejercicio de la revocación es desproporcionada en cuanto existen fórmulas menos lesivas para los intereses mencionados y que cumplen con mayor eficacia la protección de la actividad que condiciona la precariedad del título.

(72) Fundamento jurídico tercero.

IV. COMENTARIO

I. Sin perjuicio del carácter limitado de las cuestiones planteadas por las sentencias traídas a colación en el presente comentario —que en modo alguno agotan la complicada fenomenología del precario (73)—, no es menos cierto que lo configuran con unos perfiles propios y específicos que permiten un breve comentario en forma de conclusión.

II. En primer término, hay que concluir que el Tribunal Supremo no parece exigir una previsión expresa para que la Administración pueda introducir la cláusula que estudiamos. No obstante, esta falta de exigencia no significa la pérdida de vigencia de la postura que propugna la previsión legal de la misma. Como hemos visto, la configuración misma de los actos respecto de los que se ha establecido la cláusula de precario permiten encontrar esa cobertura implícita de la que hemos hablado más arriba, sin perjuicio de que en el momento de ejercicio ésta pueda ser enjuiciada por el Tribunal para garantizar la congruencia de este precario con los fines a los que sirve. Por ello, y por otro lado, la regularidad de su ejercicio se fijará, en definitiva, caso por caso, para cada circunstancia, por la valoración de los intereses en juego —tanto los que representan la actividad autorizada como los propios del dominio público, como hace la sentencia de 21 de mayo de 1987—, y de la congruencia con los fines a los que sirve la cláusula que estudiamos.

III. Sin embargo, el Tribunal Supremo sí parece dispuesto a entrar a juzgar sobre la corrección o no del ejercicio de esta cláusula. La sentencia de 21 de mayo de 1987 entra a conocer sobre el fondo del asunto, apreciando los intereses en juego y midiendo el efecto de la revocación, lo que le lleva a considerar como inadecuado uso al haber otras formas más eficaces y menos lesivas con los intereses en juego. No es el traslado de la línea lo que va a conseguir una más completa protección de las escolares frente a los riesgos que podría originar la instalación. Existen medios más eficaces y menos lesivos para el precarista que el ejercicio de la cláusula.

(73) No vamos a ocuparnos del problema de la indemnizabilidad del precario, puesto que la sentencia de 3 de junio de 1987 y las de 29 de octubre de 1979 y 23 de abril de 1980 difieren el tratamiento de la cuestión al momento en que efectivamente se ejerciten las cláusulas revocatorias, como tampoco lo hace la de 21 de mayo de 1987.

Solamente, de las que hemos traído a colación, la de 5 de junio de 1987 se ocupa del tema, basando la negativa a la indemnización en el texto de la ley (art. 113 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales), y por el tiempo en que mantuvo el uso del bien, sin que nos quede muy claro cuál de las dos circunstancias —si el mandato legal expreso o la amortización de los gastos sobre los rendimientos obtenidos durante estos dieciocho años— ha sido el criterio determinante para este pronunciamiento.

IV. Una última reflexión debe estar dedicada forzosamente a la disparidad que parece apreciarse entre las sentencias de 5 de junio de 1987 y la de 21 de mayo de 1987. ¿Cuál es la razón de que en un caso se entre a valorar el conflicto y se resuelva y en el otro no se haga manifestación expresa del enjuiciamiento? A nuestro juicio, la razón podría estar en la falta de planteamiento por las partes. Mientras que en la sentencia de 5 de junio parece ser la cuestión de fondo la indemnización por la revocación de la licencia otorgada en precario, y no la conveniencia de su ejercicio, en el segundo, esta última cuestión es la principal, a la par de que se aportan datos de la compatibilidad de los usos o, cuando menos, de la ausencia de incompatibilidad.

De esta hipótesis podemos sacar una importante consecuencia de orden práctico: en caso de ejercicio de la acción revocatoria del precario corresponde a la Administración justificar su ejercicio —que irá ligado al interés público, cuya protección se pretende mediante la inclusión de esta salvaguarda—, y al autorizado la carga de demostrar la compatibilidad de los intereses si es que pretende el mantenimiento del título de utilización del bien demanial, confirmando la fuerza ejecutiva que atribuyera a la revocación GARCÍA-TREVIJANO.

Agustín E. DE ASÍS ROIG
Profesor Titular Interino de Derecho Administrativo (UCM)

