

# LA CLAUSULA DE PRECARIO EN LAS CONCESIONES DE DOMINIO PUBLICO

POR

RAMÓN MARTÍN MATEO

**SUMARIO:** I. EL SENTIDO DE LA PRECARIEDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO: A) *Su encuadramiento en la teoría general de la revocación de los actos administrativos.* B) *La diferenciación sustancial entre el precario administrativo y el civil.*—II. LA CLÁUSULA DE PRECARIO EN LA UTILIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO: A) *Las distintas clases de usos y los títulos que les ampara.* B) *La precariedad en las concesiones de dominio público.*—III. LA CLÁUSULA DE PRECARIO EN LAS CONCESIONES DE DOMINIO PÚBLICO EN ESPAÑA: A) *La precariedad y la práctica administrativa española.* B) *La precariedad en la legislación española.* C) *La cláusula de precario en la jurisprudencia.*—IV. CONCLUSIONES.

## I.—EL SENTIDO DE LA PRECARIEDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

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, un episodio más en la eterna lucha con las inmunidades de poder, en la propensión a la conquista de situaciones exentas, en la trayectoria proclive de la huida de la legalidad. El precario, al ser recibido en nuestro Derecho, se convierte en un concepto equívoco y peligroso que se esgrime como un instrumento adicional en la perenne pugna por el poder cuyos avatares se reflejan a lo largo de la historia del Derecho administrativo y explican muchas de sus más diversas instituciones. Es por ello explicable que la posibilidad de introducción de cláusulas de precario en los instrumentos administrativos apenas se mencione en la legislación básica de esta rama jurídica y se deslice sólo por los intersticios conscientemente violentados de la normativa administrativa de segundo grado.

Pero es en el campo de la práctica administrativa donde florece y prolifera, sobre todo en nuestra nación, 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 Admi-

nistración, como si en efecto los particulares pudiesen 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.

Ello justifica ampliamente la ambición del presente estudio que trata de clarificar esta materia enmarcándola dentro de sus justos límites y presupuestos, también con validez para la jurisprudencia que ha mantenido insistentemente la concepción iusprivatista del precario respaldando las extremadas consecuencias que con la inserción de tal cláusula deseaba extraer la Administración.

A) *Su encuadramiento en la teoría general de la revocación de los actos administrativos.*

Previamente conviene dejar sentado que si la precariedad tiene en el Derecho administrativo un sentido peculiar que la diferencia de otras figuras jurídicas conocidas, será el de posibilitar a la Administración por razones de oportunidad el modificar o extinguir unilateralmente una situación jurídica administrativa, mediante la inclusión de esta cláusula en el negocio jurídico originador de aquella situación.

Señalamos así que la cláusula de precario implica en primer lugar una declaración de voluntad, lo que la diferencia de las situaciones meramente féticas toleradas quizás por la Administración. Además supondrá una expresa reserva de poderes, sin lo cual no podrán ser invocados sus efectos. Con ello queremos decir que sus consecuencias no se derivan directamente de las normas reguladoras de este tipo de negocios, aunque estas normas las prescriban, como es el caso de determinadas disposiciones reglamentarias del Derecho español. 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, y ello así por el debido mantenimiento de los actos creadores de derechos, reforzado aquí por el *sustratum* bilateral que normalmente las concesiones suponen (1). Con ello distinguimos la precariedad de otras

(1) Aunque no se trate de un supuesto rigurosamente asimilable cabría evocar aquí el caso de las concesiones de aguas a perpetuidad que, pese a los dictados en contrario de la Ley de Patrimonio del Estado, han venido otorgándose con posterioridad a su vigencia, siendo también aquí impensable que la Administración pudiera sin más desconocerlas y convertirlas en temporales. Vid., al respecto, Sebastián MARTÍN RETORTILLO, *Las Comunidades de Regantes y la perpetuidad de sus concesiones de aguas*, en "Revista de Estudios Agro-Sociales", núm. 60, págs. 33 y sigs.

situaciones que al margen de cualquier precisión expresa en el acto que las originan, vienen configuradas directamente *ope legis*, como sucede, por ejemplo, con el desistimiento o modificación unilateral en los contratos de obras o, en una zona más difusa, con la posibilidad-deber que contiene el artículo 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de dejar sin efecto licencias municipales por alteración de circunstancias.

Por último conviene aclarar, aunque pueda parecer innecesario tras lo expuesto, que estamos en presencia de situaciones que determinan una relación de sujeción especial, a diferencia de las que, como la expropiación forzosa, son originadas por una supremacía general, aunque tengan de común, como veremos, una posible conversión de derechos. Se trata, pues, de supuestos que cabría encajar entre los que originan los denominados derechos debilitados o *affievoliti*, si es que se admite la trascendencia para nuestro Ordenamiento de esta categoría, derechos para los que, según ALESSI, la posibilidad de revocación resulta normal (2).

Un punto capital que ha quedado sin precisar es el de si el juego de la cláusula de precario da lugar o no a indemnización. Creemos que este punto quedará suficientemente aclarado en la exposición posterior, pero aun a riesgo de anticipar ideas, puntualizaremos que, a nuestro juicio, existen dos grados de precariedad, y que la presencia de cada uno de ellos se deducirá del contexto del negocio jurídico que ocasiona la situación analizada.

Entendemos por precariedad de primer grado aquella que permite a la Administración revocar o modificar el acto originario, pero no la exonera de indemnizar las consecuencias económicas que su intervención unilateral determina para el afectado. Se trata, pues, de un supuesto especial de transformación de los derechos que opera a virtud de la reserva en este sentido realizada por la Administración y que pertenece al «genus» más amplio de la conversión de derechos que engloba también a la expropiación forzosa.

Partiendo del mantenimiento del equivalente económico, no se ofrecen particulares dificultades a la admisión de la conversión de los derechos administrativos dentro del sistema de un Ordenamiento jurídico que responde a los postulados del Estado de Derecho, únicamente habrá

---

(2) Vid de este autor *La crisi attuale della nozione de diritto soggettivo e i suoi possibili riflessi nel campo del Diritto pubblico*, cit.; GARRIDO, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, págs. 365 y 530.

que valorar, y ello es problema distinto, si las técnicas utilizadas permiten el mantenimiento de dicho equilibrio sin que se produzca una lesión antijurídica al interesado, y por supuesto, si la Administración está legitimada para realizar tal conversión. Más allá incluso de la conversión de carácter imperativo está el acuerdo voluntario conocido en la legislación de muchos países y que en la terminología alemana se denomina *Rückkauf* (3).

Otro tipo de precariedad es la que denominamos de segundo grado, cuyos efectos se prolongan hasta la eliminación de cualquier pretensión indemnizatoria. Sostenemos, sin embargo, que la precariedad así configurada tiene carácter excepcional, frente a lo que parece sentar la práctica administrativa española y algún sector de la jurisprudencia, opera normalmente sólo en situaciones originadas por autorizaciones y no por concesiones y viene marcada por caracteres netamente definidos, que inequívocamente remiten a la provisionalidad de la situación y a su intrínseca transitoriedad, conocida y aceptada por el beneficiario de la misma. En la vida municipal, sobre todo, no es infrecuente este tipo de situaciones: quioscos en una calle próxima a reformarse, ocupaciones eventuales de la vía pública, etc., pero que no guardan el menor parangón con situaciones netamente concesionales, para plazos prefijados, sobre cuya confianza se han realizado importantes desembolsos, que la Administración pretende después cómodamente desconocer por la invocación de esta cláusula, como si por ejemplo, fuera posible considerar como transitorias y meramente toleradas las inversiones realizadas en todos los puertos españoles o los 15.000 millones anuales que vienen a representar los gastos de tendido de líneas eléctricas.

Hechas estas precisiones y antes de abordar el punto concreto a que hace referencia el tema del presente trabajo, parece conveniente intentar una justificación general del alcance y trascendencia que en el Derecho administrativo tiene el precario y su inclusión dentro del sistema general de la revocación de los actos administrativos creadores de derechos.

Desde esta perspectiva que parece la más idónea para llegar a la comprensión posterior de la cláusula de precario, conviene anticipar que se entiende aquí, como revocación en sentido amplio, prescindiendo de otras pormenorizaciones terminológicas, aquel acto contrario de la Administración por el que deja sin efecto un acto legítimo anterior, sea éste

(3) Vid. sobre esta modalidad de extinción concesional para el Derecho suizo SINTZEL, *Die Sondernutzungsrechte an öffentlichen Sachen im Kanton Zürich*, Aarón, 1962, página 126.

de base bilateral o unilateral, aunque no se desconoce, como ha sido apuntado, que esta concepción lata de la revocación podrá pugnar con otras comprensiones más singularizadas y matizadas que aislan dentro de ella grupos de supuestos más reducidos, atendiendo a las razones que motivaron la extinción de la relación jurídica o a las circunstancias que a tal extinción acompañan (4).

Igualmente debe puntualizarse que al entenderse producida la retirada de efectos jurídicos que la revocación implica, por causas distintas a la ilegitimidad originaria del acto revocado, se dejan al margen, por no ofrecer rasgos específicos, los supuestos de nulidad y anulación suficientemente estudiados dentro de la teoría general de los efectos de los vicios del acto administrativo (5). La revocación así circunscrita vendrá pues, referida a criterios de nueva apreciación del interés público al alterarse las circunstancias que motivaron el acto inicial determinando la extinción de la relación jurídica por él originada (6). Quedan fuera también de nuestro examen la revocación de los actos no creadores de derechos, ya sean de ámbito interno o de gravamen, que serían valorados con otros criterios.

Partiendo de estas premisas y teniendo en cuenta la definición propuesta, la precariedad pasa a ser analizada dentro del siguiente esquema de supuestos de revocación de los actos administrativos creadores de derecho, al objeto de determinar en cuál de ellos tiene su encuadre más adecuado:

- Incumplimiento.
- Condicionamiento.
- Causalidad.

En cuanto al incumplimiento, resulta al margen de los casos contemplados, por cuanto que la extinción a que da lugar el juego de la precariedad es independiente de la conducta del afectado, que no se supone contraria a las previsiones del acto del que deriva su situación. No cabe hablar aquí de revocación sanción (7), sino que razones ajenas

(4) Así LUCIFREDI, *L'Atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Milán, 1963, pág. 216, distingue la reserva de revocación, del rescate y de la reserva de anulación.

(5) A donde debe también remitirse para aquellos presuntos supuestos de precariedad que encubren bajo tal salvaguardia auténticas infracciones legales. Vid. en este sentido C. MARTÍN RETORTILLO, *Algo sobre el precario administrativo municipal*, Sevilla, 1956, pág. 77.

(6) Estamos, pues, en presencia de un supuesto de los que ALESSI califica como "abrogación". aunque aquí no utilizemos esta categoría por estimar preferible la genérica de revocación.

(7) Vid. especialmente VILLAR PALASÍ, voz *Concesiones administrativas*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica Seix", Barcelona, 1952, págs. 746 y sigs.

al obrar de aquel sujeto hacen intervenir a la Administración, extinguiendo o modificando la relación jurídica precaria.

Más difícil puede resultar el aislar la cláusula de precariedad dentro del contenido del acto, de las condiciones que presiden el desarrollo de los efectos de un acto administrativo, como opina un sector importante de la doctrina, o rebatir la posición de LUCIFREDI (8), quien considera que la reserva de revocación, aunque no suponga una condición, debe configurarse como un caso especial de la determinación del contenido eventual de los actos administrativos, paralelo a lo que en sentido contrario supone la reserva de permiso (9). En este sentido, la precariedad supondría un elemento accidental introducido por la Administración, que dispondría así de la posibilidad de eliminación de la situación originada por el acto ante el surgimiento de nuevas circunstancias. Estimamos, no obstante, que estos enfoques no resultan correctos. No es fácil concebir la cláusula de precario pura y simplemente como una condición concatenada con el acaecimiento eventual de determinados hechos, porque lo que prima es la valoración y apreciación de los mismos por la Administración.

Es por tanto explicable el que algunos autores, y entre ellos también STASSINOPOULOS (10), incluyan en el contenido posible de los actos administrativos a las reservas de revocación (11) al lado de las condiciones propiamente dichas y con cierta autonomía; pero, como tal autor reconoce, no es viable identificar tales reservas sin más con las condiciones resolutorias potestativas ante su subordinación en definitiva a los dictados del público interés.

No es posible pues configurar a la precariedad como la posibilidad ilimitada por parte de la Administración de reservarse *ab initio* la extinción o modificación de la situación jurídica originada (12). La Administración sólo puede intervenir por razones de interés público cuando esté suficientemente autorizada para ello, resultando excluído tanto el libre arbitrio como el ejercicio incontrolado de poderes y en todo caso de mediar, autorizada o no, tan importante reserva, no resultará con-

(8) LUCIFREDI, *Acto administrativo*, pág. 217.

(9) Vid. VILLAR PALASÍ, *Concesiones*, pág. 743.

(10) Vid. GARRIDO, *Tratado de Derecho administrativo*, págs. 465 y 466.

(11) En la doctrina alemana ha sido estudiado a fondo a partir de IPSEN, sobre todo la denominada *Widerrufsvorbehalt*. Vid. de este autor *Widerruf gültiger Verwaltungsakte*, Hamburgo, 1932, y recientemente HANGARTNER, *Widerruf und Aenderung von Verwaltungsakten aus nachträglich eingetretenen Gründen*, Zürich, 1959, págs. 155 y sigs.

(12) Vid. HANGARTNER, *Widerruf*, cit., pág. 162, donde se señala el carácter rigurosamente excepcional de la reserva de revocación.

gruente calificarla como elemento accidental (13). La cláusula de precario podría ser concebida como condición sólo pues en su acepción tradicional, que da entrada a acontecimientos futuros e inciertos si se admitiera que la valoración por la Administración, en función del interés público, de tales acontecimientos, es lo que desata la producción de las consecuencias prefijadas. Pero entonces tales condiciones habrían quizá de incluirse entre las que lúcidamente ha calificado DE CASTRO (14) como condiciones causales, con lo que sin esfuerzo habremos de pasar al examen del último grupo de supuestos dentro del que juzgamos corresponde clasificar a la precariedad como especial posibilidad revocadora de los actos administrativos.

Consideramos, pues, que es desde la perspectiva de la causa del negocio jurídico administrativo como puede adecuadamente explicarse la figura del precario que examinamos. Siguiendo parcialmente a DE CASTRO (15), podemos concebir al negocio jurídico como la declaración o acuerdo de voluntades dirigida a conseguir un resultado que el derecho estima digno de su especial tutela. Tal comprensión difiere en un punto capital de la del autor citado en cuanto que aquél expresamente incluye en su definición del negocio jurídico la intervención de particulares, excluyendo, por tanto, a la Administración (16). Ahora bien, no parece que existan razones de peso suficientes para impedir calificar de negocio jurídico administrativo aquellas declaraciones o acuerdos tutelados por el Derecho administrativo, aunque aquí la autonomía negocial sea más reducida, porque la garantía social que tal tutela comporta debe producirse también en el ámbito de este Derecho y en beneficio, ¿por qué no?, de los particulares que se relacionan confiadamente con la Administración.

Para DE CASTRO, la causa del negocio jurídico es «aquel propósito negocial que es medido por la regla legal y también como la regla que sirve para medir dicho propósito negocial» (17), siendo la función de la causa «la valoración de cada negocio, hecha atendiendo al resultado que con él se busca o se hayan propuesto quien o quienes hagan la o las declaraciones negociales» (18).

(13) LUCIFREDI, *L'Atto amministrativo*, pág. 216.

(14) Vid. la importante y reciente obra de este autor, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pág. 211.

(15) *El negocio jurídico*, págs. 25, 34 y sigs.

(16) Op. cit., pág. 34.

(17) *El negocio jurídico*, pág. 190.

(18) Op. cit., pág. 191.

No se nos oculta que al tratar de incorporar al Derecho administrativo este concepto amplio de causa del negocio jurídico puede objetarse una presunta confusión entre causa y motivo. Pero entendiendo con GARRIDO FALLA (19) por causa la razón justificadora o el hecho determinante el «por qué» de los actos administrativos, sin embargo, creemos que en el Derecho administrativo se da también con más intensidad sin duda, que en el Derecho civil una penetración tal de otros elementos en la causa, que hace difícil el separarlos, lo que impulsa a valorar el acto conjuntamente, atendiendo su estrecha interdependencia. En el propio Derecho privado, la doctrina, al tratar de aislar la causa, no puede tampoco por menos de referirse a otros conceptos, y así, ROCA SASTRE y PUIG BRUTADO (20) conciben a la causa como «el fin, finalidad y objeto que mueve, induce o determina a realizar un negocio jurídico», y nuestro Tribunal Supremo propende a valorar los negocios de acuerdo con la causa concreta perseguida por las partes, la finalidad perseguida e incorporada al acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad (21). De esta forma las causas típicas del Código se ven animados por la penetración de las razones negociales como consecuencia de las indicadas exigencias valorativas de las relaciones jurídicas.

En el Derecho administrativo estas exigencias tienen aún mayor intensidad, dada la prevalencia en todo caso del elemento que representa la meta del interés público perseguida por las actuaciones administrativas. Por ello no es posible normalmente prescindir de la apreciación de este interés en la valoración de los hechos causales determinantes, salvo que se tratase de meras constataciones materiales.

Con ello defendemos que la inclusión de la cláusula de precario en un determinado acto determina la salvedad causal de que con tal acto se aborda un resultado compatible por el momento con un determinado interés público prevalente, pero que 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 más destacadamente atendidos. El acto pues habrá sido adoptado

---

(19) Vid. su *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1964, págs. 468 y sigs., y 479 y sigs.

(20) *La causa en el negocio jurídico*, en "Estudios de Derecho Privado", Madrid, 1948, pág. 49.

(21) Vid. la jurisprudencia citada por DE CASTRO en su obra *El negocio jurídico*, página 191.



de acuerdo con unas situaciones de hecho apreciadas conforme a un juicio valorativo de los intereses finales concurrentes, del que resultará la solución que más cuadra a los intereses públicos primordiales. Una alteración de tales circunstancias hará modificarse pues la causa determinante del acto originario, haciendo, por tanto, que la Administración lo retire o modifique, según exija el mejor atendimiento del público interés. La precariedad se inserta plenamente así en el elemento causal del acto administrativo, en cuanto que permite el definitivo mantenimiento de los intereses atendidos por la Administración, posibilitando la creación de situaciones jurídicas que no hubieran podido surgir si no se velase anticipadamente por que el propósito negocial perseguido, prevalencia de unos determinados intereses públicos, se mantenga indefinidamente, pese al cambio de circunstancias. De esta forma nos queda plenamente dilucidada la incógnita inicial acerca de la justificación de esta posibilidad revocatoria, en cuanto que por venir conectada con un elemento esencial (22) del negocio jurídico-administrativo, la causa puede ser admitida sin obstáculo y sin pugna con la seguridad jurídica que exige el mantenimiento de la confianza en las declaraciones negociales.

Ahora bien, sería desorbitado sin duda el tratar de legitimar de esta forma cualquier revocación de actos administrativos por razones de mera oportunidad. Aquí también la Administración tiene poderes tasados y sólo cuando viene autorizada explícita o implícitamente a realizar este tipo de negocios causales vendrá igualmente obligada a rescindirlos por alteración de la causa. En todo caso, para apreciar la existencia de un negocio de esta clase y sus efectos en relación con la posible indemnización, habremos de estar en general a la interpretación de los términos del mismo atendiendo a los resultados perseguidos y a la voluntad significativamente expresada por las partes más que a la letra de su clausulado.

B) *La diferenciación sustancial entre el precario administrativo y el civil.*

Estamos aquí claramente ante una figura que, como no es inusual en otros sectores del Derecho administrativo, ha sido inicialmente recibida por este Derecho del civil, aunque desnaturalizándola tan sustancialmente que no parece, como veremos, pueda haber entre ambas más

---

(22) Sobre la causa como elemento esencial del negocio jurídico. vid. DE CASTRO, op. cit., págs. 56 y sigs.

identidad que la meramente terminológica. Sin embargo, este dato común de la rúbrica empleada, bien que encubra realidades distintas, ha desorientado profundamente tanto a la jurisprudencia como a la propia práctica administrativa que por la propia fuerza evocativa del término propenden en ocasiones a extraer para el campo de nuestro derecho consecuencias de reminiscencia civilista totalmente ajenas a la situación equivocadamente quizá calificada administrativamente como precarial.

El precario en Derecho civil es, como es sabido, una institución de origen romano, que tuvo, según nos indicaba Cirilo MARTÍN-RETORTILLO, algún momento de particular auge en el Derecho español en épocas en que predominaba el espíritu de generosidad y de cristiana caridad que favorecía este tipo de relaciones (23). Su decadencia fué, sin embargo, tan acusada, que en la elaboración del Código civil no se la tuvo en cuenta, nominalmente al menos, aunque, como señala CASTÁN (24), exista todavía en nuestro Código un resto de la antigua distinción entre comodato y precario, según se determine o no el uso y duración del préstamo de la cosa. En la actualidad la jurisprudencia del Tribunal Supremo (25) y la propia doctrina propenden a ampliar el concepto de precario, incluyendo en el mismo todos los supuestos de utilización de la posesión de un inmueble sin pagar merced y sin título para ello o cuando el invocado sea ineficaz para enervar el dominical que ostente quien ejercita la acción de precario. Esta acepción viene amparada en la propia Ley de Enjuiciamiento civil, artículo 1.565, que determina la procedencia del desahucio cuando se tenga en precario la finca sin pagar merced. La doctrina tiende también a considerar que en el precario está ausente toda relación contractual (26), como se expresa en este sentido MORENO MOCHOLI, autor de una de las escasas monografías que se ocupan en España de este tema (27). DE CASTRO califica de situación fáctica semejante a una relación negocial (28) a la de precario por carecer el negocio del requisito esencial consistente en una causa jurídicamente suficiente, destacando su fragilidad y su dependencia de la voluntad del

(23) *El precario administrativo municipal*, pág. 27.

(24) *Derecho civil español común y foral*, vol. IV, Madrid, 1962, pág. 406.

(25) Vid. CASTÁN, *Derecho civil*, vol. IV, pág. 407. Una amplia reseña de esta jurisprudencia es suministrada por C. MARTÍN-RETORTILLO, *El precario municipal*, págs. 31 y sigs.

(26) Vid. CASTÁN, *Derecho civil*, pág. 407, y los trabajos de FERRER, *El precario y el juicio de desahucio por causa de precario*, en "Revista de Derecho Privado", 1962, página 303. y LATOUR, *El precario*, en la misma Revista, 1959, pág. 1.065.

(27) *El precario*, Barcelona, 1951, págs. 315 y sigs.

(28) *El negocio jurídico*, pág. 239.

verdadero titular del derecho. Frente a MORENO MOCHOLI, DE DIEGO LORA (29) niega incluso la existencia de una auténtica posesión por el precarista que carecería de derecho alguno y siempre estuvo desprovisto de él, sin que a ello sea óbice el que antes de entablar la acción de desahucio se le imponga la pequeña limitación de carácter prudencial de requerirle en este sentido, señalando que en realidad siempre que el Tribunal Supremo ha entendido que la situación respecto de la cosa era de precario, ha satisfecho las pretensiones y ha condenado al demandado al lanzamiento, no cabiendo, por tanto, entender que se reconoce a los precaristas titularidad jurídica alguna.

Estamos pues ante una situación jurídica basada en la mera tolerancia del titular del Derecho, situación que puede ser eliminada por el libre arbitrio de éste, que no da lugar a derecho subjetivo alguno y que no está basada en una relación negocial. Todas estas circunstancias sirven para calificar definitivamente de intrínsecamente dispares el precario civil y el denominado precario administrativo, porque en éste, como sabemos, no puede darse un arbitrio ilimitado para la Administración, que viene en definitiva sometida a la Ley y obligada a cuidar del interés público, por lo que esta idea básica del interés público, que animará incluso situaciones de mera tolerancia, constituye en realidad un obstáculo casi insalvable para que puedan crearse situaciones de precario similares al civil por las Administraciones públicas, como puso de relieve para las Corporaciones locales Cirilo MARTÍN-RETORTILLO (30).

Pero es que además, como antecedente de la mayoría de las situaciones jurídicas de precario administrativo nos encontramos con auténticos negocios jurídicos que dan lugar a derechos subjetivos para los administrados, derechos que no es posible desconocer al menos en los casos límites de patente arbitrariedad en la eliminación de la situación precarial. Pero definitivamente tratándose de negocios concesionales, se incluyen plazas, cánones, surgen derechos inscribibles, transmisibles, disponibles con ciertas limitaciones, irreducibles, por tanto, a la figura del precario de Derecho privado. Es por ello por lo que se ha señalado por ORIANE (31) que el Derecho civil ignora la precariedad en el sentido de que ésta se entiende en el Derecho administrativo, y, por tanto, toda indagación concienzuda de esta figura ha de desembarazarse íntegramente de los prejuicios civilistas si no se quiere avocar a resultados total-

(29) *La posesión y los procesos posesorios*, vol. I, Madrid, 1962, págs. 5 y sigs.

(30) *El precario municipal*, cit., págs. 14 y 40.

(31) *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Bruselas, 1961, pág. 51.

mente inconsecuentes con las premisas básicas del obrar jurídico de la Administración.

## II — LA CLÁUSULA DE PRECARIO EN LA UTILIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

### A) *Las distintas clases de usos y los títulos que les ampara.*

Resulta imprescindible una sucinta referencia a las modalidades de utilización del dominio público y a los títulos que las legitiman pues la precariedad aparece fundamentalmente con ocasión de la adopción de actos administrativos que posibilita una determinada modalidad utilizatoria de sectores de aquél.

Es conocido el que la concepción del dominio público ha sufrido una importante transformación precisamente a razón de la intensificación y proliferación de sus usos, determinada por la complejidad de las relaciones originadas en el seno de la sociedad industrial. Al precisarse en ésta cada vez con mayor insistencia y amplitud, de disponer de alguna manera del dominio público para empresas económicas, hubo necesidad de transformar la comprensión de la posición del Estado ante el dominio público, que pasa a ser de un mero guardián, interesado tan sólo en evitar su desaparición, en activo administrador, que asienta en él sus servicios y decide sobre las modalidades compatibles con el interés general de su utilización por los particulares. A las ideas individuales que florecieron en la época de las primeras codificaciones suceden tendencias más o menos colectivizadoras que sitúan al Estado en el papel de árbitro social, decisor también del mejor aprovechamiento del dominio en beneficio de la comunidad, aunque ello suponga su extracción del campo del aprovechamiento general individualizado (32). Ello explica el éxito de las tesis acaudilladas principalmente por HAURIUO, que propenden a hacer del dominio público el objeto singular de una propiedad administrativa, tesis éstas que no constituían meras lucubraciones doctrinales, sino que respondían y responden a las propias exigencias de la realidad, como pone de manifiesto la actual insatisfacción sentida en algunas naciones que no han recibido aún estas doctrinas y que buscan hoy nuevas fórmulas que permitan una más idónea utilización del dominio colectivo. El reciente libro de HARDINGHAUS (33), que compara el

(32) Vid., al respecto, MEYER, *Du droit de l'Etat sur le domaine public et des utilisations privatives de ce domaine par les particuliers*, Lausana, 1953, págs. 18 y sigs.

(33) *Öffentliche Sachherrschaft und öffentliche Sachwaltung*, Berlín, 1966.

régimen francés del dominio público con el vigente en Alemania, pone de relieve las dificultades con que se enfrenta el Derecho administrativo de este país y la necesidad de introducir en él una auténtica concepción pública del derecho que regule el dominio de estos bienes (34).

El más importante intento de síntesis de las modalidades de clasificación de la utilización del dominio público ha sido hasta épocas recientes el realizado por TROTABAS (35), quien distinguía entre utilizaciones comunes, de las cuales se beneficiaba el público colectivamente considerado, y las utilizaciones privativas, de las cuales no disfrutaban más que individuos determinados. Estas últimas podían ser realizadas a través de tres modalidades diferentes: el permiso de estacionamiento, la *permission de voirie* y la concesión. Sin discutir el mérito de este esfuerzo, se ha puesto posteriormente de relieve el que estas tres últimas categorías de utilización privativa corresponden a criterios clasificatorios diferentes. En este sentido se indica por MEYER (36) que se parte en unos casos del carácter material que presenta la utilización y en otros de la situación jurídica del usuario. Así, mientras la concesión remite a una situación jurídica distinta del permiso y de la «permisión», entre estas últimas la separación se realiza atendiendo a su trascendencia material para el dominio público, en el primer caso sin operarse su transformación, y en el segundo con modificación de la base. Por ello este autor propone una nueva clasificación (37), de acuerdo con el siguiente esquema:

Utilizaciones colectivas que serían utilizaciones comunes o anónimas.

Utilizaciones privativas normales necesitadas de autorización de policía.

Utilizaciones privativas anormales que comprenden:

a) Estacionamientos; legitimados bien por un permiso de estacionamiento o bien por una concesión de uso.

b) Ocupaciones; concedidas por un permiso de ocupación o por una concesión de ocupación.

No corresponde al tema del presente trabajo enjuiciar la legitimación del mantenimiento a ultranza de una distinción sustancial entre permisos

---

(34) "El intento de reconsiderar y exponer nuevamente el Derecho alemán sobre los bienes públicos a la vista de sus actuales dificultades y problemas y con ayuda de la indagación comparativa del paralelo Derecho francés, conduce al resultado de sustituir la vieja teoría de la limitación pública de los bienes por una concepción que pueda denominarse realmente de dominio público" (*Öffentliche Sachherrschaft*, pág. 155).

(35) *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, Grenoble, 1924.

(36) *Du Droit de l'Etat sur le domaine public*, pág. 89.

(37) MEYER, op. cit., pág. 118

y concesiones en la utilización del dominio público, por lo que sin entrar en tal materia, sí debemos, sin embargo, apuntar el que la utilización con carácter precarial del dominio público se da acusadamente en las utilidades anormales del mismo, las cuales suelen venir amparadas en la fórmula concesional, que resulta, por lo demás, la más idónea para posibilitar usos prolongados del mismo. A estos efectos puede ser de mayor utilidad partir de la depurada clasificación que realiza en nuestro derecho el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, donde se distingue, entre uso común, general o especial; uso privativo; uso normal y uso anormal; sujetando a concesión administrativa tanto el uso privativo como el uso anormal.

#### B) *La precariedad en las concesiones de dominio público.*

Como ha sido ya señalado, es en las concesiones de dominio público, y concretamente en las que legitiman el uso anormal privativo del mismo, donde la cláusula de precario, tácita o expresamente, aparece con mayor insistencia y donde presenta mayor trascendencia la indagación de su sentido y alcance. Un sector de la doctrina estima incluso que la precariedad es una característica esencial de todo otorgamiento de estos derechos de utilización sobre el dominio público, por considerar que la Administración no puede renunciar a modificar la base del dominio en pro de los intereses públicos (38). La precariedad se concibe así como una especie de corolario del principio de inalienabilidad y de la consiguiente temporalidad obligada de todos los derechos concedidos sobre el dominio público (39).

Sin embargo, como ha observado recientemente MARIENHOFF (40), en su *Tratado del dominio público*, la inalienabilidad propia del dominio público obsta a que sobre éste el concesionario adquiera algún derecho de propiedad, pero el derecho de uso adquirido mediante concesión resulta en un todo armónico con la comercialidad restringida de que son susceptibles algunas dependencias dominicales.

Estas ideas fueron ya anticipadas entre nosotros por GARCÍA DE ENTERRÍA, quien puso de manifiesto que en la moderna concesión adminis-

(38) ORIANE, *La loi et le contrat*, pág. 54.

(39) La Ley española del Patrimonio del Estado viene a consagrar este criterio al prescribir las concesiones perpetuas; en el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1966 insiste en la relación de temporalidad concesional e inalienabilidad patrimonial con apoyo en la Ley de Bases del Patrimonio del Estado, que precedió al texto articulado de 15 de abril de 1964.

(40) Vid. su *Tratado de dominio público*, Buenos Aires, 1960, especialmente pág. 358.

trativa no venía implicada una franquicia definitiva respecto del poder concedente, sino una mera cesión de la gestión, sin pérdida para la Administración de la titularidad última (41), admitiendo, por tanto, la posibilidad de concesiones indefinidas (42), supeditadas en todo caso a la reversión a la Administración de los poderes implicados, cuando los fines públicos que ésta persigue lo determine, pero sin que ello suponga que el efecto reversional haya de producirse rígida e implacablemente, destruyendo los efectos que con la propia concesión se pretendía conseguir. GARCÍA DE ENTERRÍA (43) ha señalado cómo la cláusula reversional que en sus orígenes tuvo una influencia definitiva para evitar la enajenación de funciones públicas, ha venido perpetuándose en un sentido que hoy ya no cuadra con sus determinantes políticos iniciales, adquiriendo un carácter mítico en pugna con la misión social atribuida a la misma (44). La reversión, pues, no constituye el obligado correlato de la intrínseca temporalidad de la concesión, sino un correctivo de la misma, que hace que los bienes del dominio público cuya titularidad se reserva siempre la Administración, puedan ser destinados en cualquier caso a las finalidades que el interés público aconseje.

Pero con ello no hemos adelantado suficientemente en el camino a seguir para la identificación de los caracteres propios de la precariedad concesional. No basta con advertir que las concesiones son revocables, puesto que queda sin dilucidar qué circunstancias determinarán la revocación y en qué condiciones tendrá ésta lugar. Parece claro que no es posible invocar un libre arbitrio para la Administración, que con remisión genérica al interés público o sin ello quizá pueda producir sin más la extinción de la situación producida. Tal solución pugnaría no sólo con la expuesta diferenciación general del precario civil y el precario administrativo, sino con los propios caracteres del negocio jurídico concesional que le hacen radicalmente impropio para sufrir el impacto indiscriminado de la cesación de una mera tolerancia precarial. La concesión es, o al menos supone, una relación bilateral (45) no desconocible

(41) *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo*, Madrid, 1955, página 81.

(42) Mejor que perpetuas, indica GARCÍA DE ENTERRÍA, por la equivocidad de este término. Vid. también MARIENHOFF, *Tratado de dominio público*, pág. 356.

(43) *Dos estudios sobre la usucapión*, págs. 63 y sigs. En el mismo sentido, VILLAR PALASÍ *Concesiones administrativas*, pág. 756.

(44) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos estudios sobre la usucapión*, pág. 89.

(45) Vid. ORIANE, *La loi et le contrat dans les concessions de service public.*, páginas 51 y sigs., y en general la bibliografía citada por MEYER, *Du Droit de l'Etat sur le domain public*, pág. 112, y MARIENHOFF, *Tratado de dominio público*, pág. 351.

sin causa justificada por una de las partes, e implica para el concesionario unos determinados derechos administrativos, sean éstos de carácter real (46) o impliquen un mero derecho personal de goce. Su propia estructura jurídica pues, excluye el que estos derechos puedan ser desconocidos por la mera voluntad del concedente, por lo que, con cierto rigor lógico, MARIENHOFF (47) excluye del concepto de la concesión la idea de precariedad. La concesión supone, sin duda, un plus de estabilidad para las relaciones jurídico-administrativas que aquí se originan, concuerda plenamente con el sentido de las actividades económicas a que sirve, pues no sería concebible el montaje de costosas empresas y la realización de importantes inversiones sobre la frágil base del libre arbitrio de la autoridad concedente (48). La estabilidad concesional es así una obligada consecuencia jurídica de la función económica que con la concesión se persigue: la movilidad de algunas de las dimensiones del dominio público para permitir montar sobre ellas un tráfico económico también interesante para los objetivos públicos. Las figuras jurídicas no pueden aislarse nunca caprichosamente de la realidad a que sirven, y en este sentido se ha dicho por GARCÍA DE ENTERRÍA que «la reversión no es ni puede ser hoy otra cosa en las concesiones que una cláusula económica instrumentable según las realidades relativas de este signo, pero en modo alguno como se concibió en el Derecho antiguo y ha continuado hasta nuestros días, una cláusula política que pueda sacrificar por sus altas exigencias absolutas aquellas realidades» (49).

Los rasgos sustanciales del negocio jurídico concesional eliminan ciertamente cualquier tipo de asimilación con el precario concebido como la mera tolerancia del Derecho civil. No bastará para realizar tal identificación con la simple introducción de este término en el clausulado concesional, puesto que es impensable que tal cláusula pueda primar sobre el todo orgánico en que se inserta, arruinando prácticamente sus efectos y sentido. Resulta casi pueril el pretender que con tal caprichoso recurso pueda transformar sustancialmente una situación que se apoya,

---

(46) La existencia de estos Derechos reales administrativos ha venido siendo reconocida en general por la doctrina a partir de HAURIOU, *Precis de Droit administratif*, 11.ª ed., París, 1933, págs. 652 y sigs. Vid. en este sentido también TROTABAS, *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, pág. 139; RICAUD, *La théorie de Droits reels administratives*, París, 1914; GENOT, *De l'utilisation privative du domaine public*, París-Bruselas, 1928 que aunque niega la existencia de un derecho real, lo concibe como un derecho de goce de carácter inmobiliario, pág. 15. Vid. también ORIANE, *La loi et le contrat*, pág. 51.

(47) *Tratado de dominio público*, pág. 356.

(48) Vid. VILLAR PALASÍ, *Concesiones administrativas*, loc. cit., pág. 756.

(49) *Dos estudios sobre la usucapión*, pág. 90.



como queda expuesto, en un tramado sólido de declaraciones de voluntad dirigidos a la consecución de fines estables, por períodos normalmente determinados de tiempo y mediando el abono de cánones por parte del sujeto beneficiado, circunstancias éstas cuya mera enumeración aleja definitivamente la imagen precarial del Derecho privado.

Si el precario administrativo pues, no puede consistir en el libre arbitrio de la Administración, ni la relación jurídica concesional permite indiscriminadamente su unilateral disposición, forzosamente los rasgos propios de esta cláusula habrán de aparecer por otro lado. Recordaremos que su inserción, expresa o tácita, aparece ordinariamente en las concesiones de uso anormal del dominio público, y es por aquí por donde puede aparecernos su peculiaridad y sentido frente a otras modalidades de revocación de los actos administrativos. La cláusula de precario serviría así no a la tutela de un interés público cualquiera, para lo que sería necesario la utilización de técnicas excepcionales, sino el interno respeto de la causa concesional, apareciendo, por tanto, intrínsecamente incorporada a un elemento esencial de la relación concesional.

Si en un principio pudo pensarse, en efecto, que la Administración, en aras del interés público y sin responsabilidad pecuniaria, podía eliminar todas las situaciones concesionarias del dominio público que pugnasen con aquél, poco a poco se fué abriendo camino en la doctrina y en la jurisprudencia de la mayoría de los países la idea de que tales poderes revocatorios sólo podían ser utilizados cuando lo que se trata de salvaguardar es la afectación primordial del bien, su destino normal.

Aparece así la denominada por HAURIOU línea de precariedad de las concesiones de dominio público como expresión de su verdadera naturaleza. «El comercio jurídico de la vida administrativa se distingue del de la privada —según este autor— en que no tiende como éste hacia lo perpetuo y definitivo, sino que, por el contrario, se complace en lo provisional, en lo temporal, en lo transitorio. Mientras que de las situaciones de la vida civil se elimina con cuidado todo elemento de precariedad, las situaciones de la vida pública o administrativa se caracterizan, por el contrario, por el hecho de que la precariedad no está en ellas nunca completamente ausente. Es por esta apertura de la precariedad como se introduce la posibilidad de hacer sobre el dominio público operaciones de la vida administrativa, no obstante el principio de la inalienabilidad, pues la precariedad impide que la enajenación sea jamás completa, en el sentido civil de la expresión, y la regla de la inalienabilidad no prohíbe más que las alienaciones completas en el sentido

civil. Por otra parte, las enajenaciones o constituciones de derechos reales afectados por precariedad administrativa son por definición compatibles con la afectación de la cosa, pues la precariedad es justamente una reserva destinada a garantizar que esta afectación será predominante cuando el bien del servicio que es su término lo exija. Es justamente porque el carácter definitivo de las enajenaciones civiles sería incompatible con las reservas en favor de la afectación, por lo que la regla de la inalienabilidad las hace imposibles» (50).

Por ello se alude por MEYER a una precariedad relativa (51), puesto que no puede ser ejercida más que para un cierto fin y siguiendo una determinada línea, solamente invocable en interés directo del bien demanial utilizado anormalmente, y nunca en el interés de terceros, sean éstos particulares, servicios públicos o colectividades públicas.

Ahora bien, si para tales objetivos puede ser revocable o modificable la concesión, la doctrina y la jurisprudencia de numerosos países exige que ante el silencio del legislador, en estos casos, medie la correspondiente indemnización, como exponen, entre otros, MEYER, ORIANE y GENOT (52), indemnización que por cierto en el Derecho suizo y para las concesiones hidráulicas se precisa a través de la vía expropiatoria (53).

Con ello resultaría que la precariedad se diluiría así en un caso más de los supuestos de revocación-conversión, por lo que es explicable que por MARIENHOFF (54) se niegue singularidad alguna a esta modalidad de extinción de las concesiones, descartándose su carácter de precario al observar que cuando el interés público lo requiere ceden todos los derechos y no sólo el emergente de una concesión de uso. La extinción de una concesión se llevaría, por tanto, a efecto, según este autor, a través del procedimiento de la revocación del acto por razones de oportunidad con la obvia procedencia de una indemnización.

(50) *Precis de Droit administratif*, págs. 796-797

(51) *Du Droit de l'Etat sur le domaine public*, cit., págs. 76 y sigs.

(52) Vid. las obras citadas de estos autores, *Du Droit de l'Etat sur le domaine public*, págs. 112-113; *La loi et le contrat*, pág. 57, y *De l'utilisation privative du domaine public*, pág. 31.

(53) Vid. KURT SINTZEL, *Die Sondernutzungsrechte an öffentlichen Sachen im Gemeindegebrauch im Kanton Zürich*, Aarau, 1962, pág. 126. En nuestra Nación la propia fuerza de las cosas con su aplastante lógica se ha impuesto incluso a las convicciones de la Administración y a los dictados reglamentarios, y así un Decreto de noviembre del pasado año hubo de reconocer el derecho a la indemnización de unos astilleros de Palma de Mallorca, pese a que su concesión venía hecha a precario, en virtud de su obligado dismantelamiento como consecuencia de las obras de ampliación del paseo marítimo de dicha ciudad.

(54) *Tratado de dominio público*, pág. 355.

En mérito a lo hasta aquí expuesto y enlazando ahora con el encuadramiento que inicialmente se hizo de la precariedad en el sistema de revocación de los actos administrativos, podemos llegar a la conclusión de que esta cláusula en las concesiones de dominio público no tiene normalmente en el Derecho administrativo más sustantividad que la diferencia de una mera conversión de derechos realizada a través de cauces distintos de la expropiación, que su justificación causal, en cuanto al mantenimiento y preservación del destino primordial del dominio público. Con ello se rechaza el que la Administración pueda garantizarse absoluta inmunidad en la eliminación de la situación jurídica sobre la que gravita la situación de precario por la mera introducción de este término (55). 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 (56) 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 del 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; por ello en la doctrina suizo-alemana se pone de relieve por SINTZEL (57) cómo no resulta aceptable el que la Administración, con base a determinadas cláusulas introducidas en el instrumento concesional, pueda lícitamente, con apoyo del texto literal de las mismas, alterar sustancialmente los caracteres de la concesión, haciendo ilusorios sus derechos.

Nuevamente nos movemos, pues, en el campo de la teoría general del negocio jurídico; será la voluntad significativa de las partes la que nos ilustre sobre los caracteres y trascendencia del negocio en que intervienen (58). La Administración no podrá perjudicar la buena fe del

---

(55) Vid. en este sentido, en relación con el criterio impunista que el uso de la expresión precario muchas veces comporta, C. MARTÍN RETORTILLO, *El precario administrativo municipal*, págs. 8 y 9.

(56) Vid. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, págs. 29 a 31, y VILLAR, *Concesiones administrativas*, loc. cit., pág. 745, con referencia expresa a los negocios jurídicos administrativos.

(57) *Die Sondernutzungsrechte*, pág. 96.

(58) Vid. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, págs. 40 y sigs., y 82 y sigs.

concesionario que ha realizado quizá cuantiosos desembolsos al amparo de la confianza que la concesión le otorga y de acuerdo con las convicciones sociales sobre la trascendencia de tales concesiones y sobre el esperable mantenimiento de los derechos concesionales durante el plazo estipulado.

Precisamente sobre este dato, el plazo de la concesión, apoya MEYER la interpretación de la voluntad de las partes, para aislar, frente a las concesiones normales de carácter «contractual» aquellas otras que denomina «concesiones de carácter unilateral», en las que la precariedad resultaría más pronunciada (59). Las primeras tendrían una duración determinada (60), y las segundas, una duración indeterminada, siendo éstas revocables sin indemnización.

### III.—LA CLÁUSULA DE PRECARIO EN LAS CONCESIONES DE DOMINIO PÚBLICO EN ESPAÑA.

#### A) *La precariedad y la práctica administrativa española.*

En la práctica administrativa de nuestro país la cláusula de precario en las concesiones de dominio público ha venido a convertirse a menudo en una cláusula de estilo de la que se pretenden extraer consecuencias que pugnan con la normal interpretación del sentido que la precariedad debe tener en nuestro Derecho, y que desde luego contradice los avances de la doctrina y de la jurisprudencia de otras naciones donde se ha llegado a construcciones de la precariedad más conformes a los presupuestos básicamente animadores de la institución del dominio público.

El sistema de otorgamiento de autorizaciones y concesiones ha resultado así permeabilizado ante cierta tendencia general de nuestra Administración, que propende a facilitar sus futuras actuaciones mediante la calificación como precariables de las situaciones por ella autorizadas o concedidas. Como indicaba C. MARTÍN-RETORTILLO (61), la declaración de precario constituye en algunos casos mera rutina o corruptela del lenguaje, si no viciosa repetición de formularios anacrónicos, llegándose en algún caso a calificar *in totum* un régimen autorizador de precarial,

(59) *Du Droit de l'Etat sur le domaine public*, pág. 113.

(60) Expresamente señala ALVAREZ GENDÍN, *El dominio público. Su naturaleza jurídica*, págs. 62-63, que las concesiones hechas a un particular por un determinado número de años no son revocables sin expropiación, a diferencia de las concesiones indefinidas que deben estimarse en precario.

(61) *Algo sobre el precario administrativo municipal*, págs. 6, 85 y 86.

como sucede con las Ordenanzas de exacciones municipales del Ayuntamiento que cita dicho autor, en las cuales se afirma que todas las licencias cuya concesión corresponda a la Alcaldía se entienden concedidas a precario, pudiendo ser por tanto anuladas cuando se estime oportuno, sin que los concesionarios tengan derecho a indemnización alguna por ningún concepto.

Sin llegar a estos extremos, que suponen una tosca técnica y una simplista y generalizada aspiración de dotar a las actuaciones administrativas de una libertad incompatible con los dictados del Estado de Derecho, dentro del que la Administración dispone de potestades tasadas, no siendo libre de establecer más condicionantes que aquellos autorizados por la Ley, se observa que determinados tipos de concesiones vienen sistemáticamente acompañadas de la cláusula de precariedad, con un apoyo legal dudoso, extrayéndose de la misma consecuencias que exceden ampliamente del lógico y natural sentido que a esta cláusula debe adjudicarse. Esta práctica administrativa no tiene un sólido asidero en la legislación, como a continuación exponemos, viniendo legitimada las más de las veces en base a disposiciones de rango reglamentario cuyo entronque con la legalidad no siempre es claro, porque cuando las Leyes se ocupan explícitamente de la precariedad, suelen referirse sólo a situaciones inicialmente marcadas de excepcionalidad y amparadas en títulos autorizatorios más que concesionales.

### *B) La precariedad en la legislación española.*

La legislación de puertos prevé en sus artículos 36 y 39 la adjudicación de permisos para realizar servicios o aprovechamientos en las playas, que podrán ser retirados cuando la mejor vigilancia o servicios de las mismas lo aconseje. Los concesionarios que pueden obtener la retirada de estos permisos, de acuerdo con el artículo 47 de la Ley de Puertos, claramente se encuentran en una posición de mayor seguridad y estabilidad en cuanto que se requiere la declaración de utilidad pública para obras posteriores que precisen ocupar las construcciones de particulares basadas en concesión, siendo en tal caso indemnizables los concesionarios por el valor material de las obras por ellos sufragadas. Parece que con arreglo al espíritu de esta Ley únicamente obras de utilidad pública que hagan aflorar el destino primordial del puerto serán las que primarán sobre las ejecutadas anteriormente por los concesionarios, en línea, por tanto, con la interpretación ortodoxa de la precariedad, y que no corresponde, sin embargo, a los términos de las cláusulas de

precario que suelen sistemáticamente introducirse en la práctica en los instrumentos de concesión de instalaciones en zonas portuarias, ni a las consecuencias que se pretende extraer de dichas cláusulas.

El Real Decreto de 27 de marzo de 1919, sobre servidumbres de paso en materia de instalaciones eléctricas, tampoco preveía la revocación de las concesiones realizadas para la ocupación de carreteras y caminos públicos; pero la Real Orden de 4 de julio de 1913 establecía que este tipo de concesiones serían a título de precario, quedando autorizado el Ministerio de Fomento para modificar los términos de la autorización, suspenderlas o hacerlas cesar definitivamente. Con esta escasa base legal se han venido en la práctica otorgando reiteradamente a precario estas concesiones, no sólo en lo que respecta al dominio público, sino, lo que es más aún sorprendente, en cuanto a las servidumbres forzosas sobre predios privados. Situación esta última que ha sido rectificadada recientemente por la Ley de 18 de marzo de 1966, conforme a cuyo artículo 7.º, 2, la variación del tendido de una línea como consecuencia de proyectos o planes aprobados por la Administración en sus diversas esferas, comportará el pago del coste de dicha variación y de los perjuicios ocasionados, saliéndose así al paso de la anterior situación, que hacía recaer sobre el concesionario dichos gastos. Pero la inercia de las ideas anteriores es tal que incluso hoy se discute la vigencia de esta Ley para las concesiones precedentes.

En materia de pesca marítima, el Real Decreto de 18 de enero de 1876 establecía que la concesión de criaderos de mariscos se entendería a perpetuidad, situación ésta que fué ratificada por una norma de rango de Orden ministerial en 30 de noviembre de 1904 y por otra Orden de 29 de agosto de 1905, relativa a las concesiones de crustáceos, en las cuales se determinaba que la caducidad en ambos casos sólo procedería en el supuesto previsto en el Reglamento, o sea, cuando no se terminasen las obras en el plazo señalado sin haberse solicitado prórroga. Sin embargo, el Real Decreto de 11 de junio de 1930 sentaba un criterio distinto al establecer que las concesiones para depósitos fijos y establecimientos de cría de peces, moluscos o crustáceos, se entenderán otorgadas a título de precario, con cuyas características han venido otorgándose hasta la fecha este tipo de concesiones.

La Ley general de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 no contiene salvedad alguna en cuanto al carácter precario de las concesiones de dominio público, determinándose en su artículo 110 que una vez realizada la concesión, el particular podrá construir la obra y servirse de

ella en los términos que estime más convenientes, sin más intervenciones por parte del Gobierno que la que se refiere a la seguridad, policía y régimen de dominio público.

En la ordenación de transportes por carretera se prevé por el Reglamento de 9 de diciembre de 1949 el rescate de las concesiones, pero mediando siempre la indemnización que prevén los artículos 100 y siguientes de dicho Decreto. Sólo las autorizaciones provisionales tendrían carácter precarial, de acuerdo con la Orden de 23 de agosto de 1952. La concesión a extranjeros de transportes por trolebús, de acuerdo con la Ley de 7 de octubre de 1940, artículo 5.º, también viene sometida a tal salvedad.

Otro tipo de concesiones a precario son las que se basan en la Ley de Pesca Fluvial de 20 de febrero de 1942, cuyo artículo 43 da este carácter a las concesiones otorgadas a sociedades deportivas, que cesarán en su disfrute sin derecho a indemnización cuando un Sindicato de profesionales solicite la subrogación. Más ampliamente, el Reglamento de esta Ley reserva a la Administración la facultad de rescindir y declarar caducadas las concesiones en cualquier momento cuando el interés público lo aconseje, sin que el concesionario tenga derecho por ello a indemnización alguna.

Una curiosa trayectoria es la que ha seguido la legislación sobre ocupación del dominio público por instalaciones telefónicas. Mientras que de acuerdo con el convenio de 25 de agosto de 1924, entre el Estado y la Compañía Telefónica Nacional de España, esta última se reservaba prácticamente los mismos derechos prevalentes para ocupar terreno de dominio público que terreno de dominio privado necesarios para sus instalaciones, el Decreto de 10 de octubre de 1952, dando un giro de 180 grados en el enfoque de esta materia, considera acertadamente como concesiones a las antiguas servidumbres, especificando que estas concesiones, impropíamente designadas como autorizaciones por el Decreto, se otorgaría siempre a título de precario, quedando obligada la Compañía a realizar por su cuenta las modificaciones de las líneas que requiriese la explotación del ferrocarril, las obras de las carreteras y los servicios públicos en general, sin indemnización alguna. Este riguroso criterio fue temperado por el Decreto de 13 de mayo de 1954, que establece el reparto de gastos por mitad entre la Compañía y el Estado cuando fuese necesario modificar o trasladar las líneas por razones de obras y servicios públicos.

Por último, conviene señalar dos preceptos que excepcionalmente

puede suministrar una base estimable para la explicación del juego de la precariedad. Me refiero, en primer lugar, al artículo 63 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, cuyo apartado 10 prevé entre las cláusulas de las concesiones de dominio público la facultad de la Corporación de dejar sin efecto la concesión antes del vencimiento, si lo justificaren circunstancias sobrevenidas de interés público, mediante resarcimiento de los daños que se causaren, o sin él cuando no procediere.

También la Ley de Procedimiento Administrativo contiene una norma orientadora, reminiscencia, como es sabido, de la concepción a que respondía el proyecto anterior y que fué modificada a su paso por las Cortes. En su artículo 112, en efecto, puede encontrarse apoyo para contrarrestar facultades revocatorias ejercitadas en contra de la equidad y el derecho de los particulares.

No sucede lo mismo con la reciente Ley de Patrimonio del Estado, que responde a una técnica en este aspecto defectuosa y que en su artículo 117 parece identificar los efectos de la caducidad y el ejercicio de las facultades de libre rescate.

### C) *La cláusula de precario en la jurisprudencia.*

Nuestro Tribunal Supremo ha venido sistemáticamente respaldando, con la sola excepción de las ocupaciones determinadas por el trazado de líneas telefónicas, una práctica administrativa que, con insuficiente base legal, asigna al precario extremadas y graves consecuencias. Para llegar a tales conclusiones, nuestra jurisprudencia ha tenido en cuenta consciente o inconscientemente la imagen del precario civil y sus reiterados pronunciamientos sobre el carácter discrecional del otorgamiento de las concesiones administrativas, discrecionalidad ésta que ponen de manifiesto, entre otras, las sentencias de 3 de abril de 1952 y 17 de mayo de 1954, aunque significativamente tal amplitud de facultades no se reconozca a las Corporaciones locales, como pone de relieve la sentencia de 10 de abril de 1951, que determina

«que si, a tenor de lo expuesto, resultan innegables las facultades que en orden a la concesión o autorización de las conducciones de energía eléctrica y su distribución en el interior de las poblaciones son de la competencia de los Ayuntamientos, no es menos innegable el carácter reglado de dichas facultades municipales».

El Tribunal Supremo equipara en una línea netamente civilista el precario a la tolerancia; así en la sentencia de 27 de septiembre de 1965



se dice que, «en efecto, de los términos de la propia concesión se desprende que ésta se otorga a título de precario, esto es, a mera tolerancia de la Administración», aunque en otras sentencias, como la de 28 de junio de 1966, se adicionen cumulativamente los términos de provisionalidad y precario, y en una sentencia reciente de 3 de marzo de 1967 parezca indentificarse precario con interinidad. En sentencias más antiguas, como la de 17 de mayo de 1932, se configura la concesión a precario sobre conceptos más estrictos, advirtiéndose que «la tenencia material de terrenos sin mediar precio o merced y sujetos a cláusulas revocatorias incondicionales patentiza el carácter precario de la concesión, a lo que no es obstáculo la circunstancia de fundarse en un acto administrativo».

Nuestra jurisprudencia asigna como efectos de la cláusula de precario la posibilidad de revocación de la concesión por razones de oportunidad: sentencias de 20 y 27 de mayo de 1946, y la inexistencia de derecho a la indemnización: sentencias de 15 de abril de 1961, 23 de enero de 1932, 22 de marzo de 1958, 31 de octubre de 1962, 27 de septiembre de 1965 y 19 de enero de 1967.

Desconociéndose el carácter tasado de las potestades administrativas y el principio general de que éstas han de apoyarse, en cuanto a su ejercicio, en una Ley, se dice que, por ejemplo, en la sentencia de 31 de octubre de 1962 que

«dentro del concepto técnico legal que un gravamen de la definida naturaleza supone, es innegable que la Administración, al autorizar el acto que pueda ocasionarle, puede, en su indicada misión protectora del interés público y social, establecer condiciones que en cada caso particular y según sus circunstancias entienda convenientes».

Más explícitamente en la sentencia de 27 de septiembre de 1965 se afirma que no cabe oponer con propósito de enervar una cláusula que permitía sin derecho a indemnización alguna modificar la totalidad o parte de una línea, la nulidad de pleno derecho de dicha cláusula por no venir permitida por la Ley, debido que tampoco se arguye que esté expresamente prohibido, deduciéndose tales posibilidades de la consecuencia natural de la precariedad. En la sentencia de 19 de enero de 1967 se dice que no puede negarse la legalidad del hecho de haberse dado en precario la concesión, porque ello constituyó un acto administrativo que fué consentido.

Pero más aún: el Tribunal Supremo, deslumbrado por su aparente virtualidad taumatúrgica, parece dar primacía a la cláusula de precario sobre la legalidad vigente, y en este sentido, las sentencias de 13 de noviembre de 1957 y 22 de marzo de 1958 sientan la doctrina de que

«si bien es cierto que el artículo 47 de la citada Ley de Puertos prescribe que los concesionarios serán indemnizados del valor material de las obras que realicen cuando tales obras hayan de ser ocupadas para ejecutar por el Estado, las Diputaciones o los Ayuntamientos obras de utilidad pública, no lo es menos que el caso del pleito, lo otorgado..., según la expresada cláusula 5.ª, ha sido una autorización en concepto de precario, y por consiguiente, pendiente de ser anulada o revocada libremente y en cualquier tiempo, lo que impide el reconocimiento del derecho a la indemnización a que alude aquel precepto legal».

Los efectos de la cláusula de precariedad no se limitan, como a lo más parecería aceptable, al campo de las ocupaciones privativas del dominio público, el Tribunal Supremo ha prolongado estos efectos, como se ha anticipado, también al de las servidumbres forzosas a que están sometidos los predios privados, en relación con el transporte de energía eléctrica, pese a que tales servidumbres constituyen minoraciones patrimoniales efectuadas por los cauces de la expropiación forzosa. Reiterada jurisprudencia, entre la que puede incluirse las sentencias de 31 de octubre de 1962 y 27 de septiembre de 1965, se pronuncian sobre la posibilidad para la Administración, al amparo de la cláusula de precario, de imponer sin derecho a indemnización alguna modificaciones en el trazado de líneas, y concretamente en la sentencia de 27 de febrero de 1967, en la que se decidía sobre una solicitud de una sociedad interesando que la cláusula de precario fuese entendida en el sentido de que debía concretarse a los terrenos de dominio público, el Tribunal Supremo se pronuncia por la unidad de efectos de la cláusula de precariedad, que abarca o comprende tanto el establecimiento que afecta a vías y terrenos de dominio público como a la imposición que se hace de servidumbre forzosa de paso en los bienes de dominio privado. Sin embargo, parece que esta jurisprudencia no podrá reiterarse para hechos acaecidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley de 18 de marzo de 1966, que expresamente ha venido a rectificar este a todas luces extremado criterio jurisprudencial.

Pero el rigor e inexorabilidad con que el Tribunal Supremo contempla los efectos de la cláusula de precariedad en las concesiones administrativas adquiere un matiz totalmente distinto, al menos hasta 1957, en los supuestos de modificación del trazado de las líneas de la Compañía Telefónica Nacional de España por razones de interés público. El Tribunal Supremo, con base al convenio aprobado por Real Decreto de 25 de agosto de 1924, ha venido entendiendo que las ocupaciones de dominio público para estos fines constituían auténticas servidumbres y que no deberían ser de cuenta de su titular los gastos de traslado que resultaren a virtud de necesidades públicas, dando carácter prevalente al interés público a que el servicio telefónico atendía, contrariamente a lo que, como hemos visto, sucedía con las modificaciones de líneas eléctricas aun cuando afectasen a servidumbres de derecho privado. Abundante jurisprudencia se ha producido en el sentido indicado, entre la que cabe citar las sentencias de 25 de noviembre de 1942, 23 de abril de 1946, 12 de diciembre de 1950, etc. (62).

Tanto el Consejo de Estado —Dictamen, entre otros, de 14 de julio de 1948— como la doctrina y la propia legislación, reaccionaron en contra de tal interpretación. El Consejo de Estado entendió, en efecto, que la noción de dominio público era incompatible con el concepto legal de servidumbre, y en este sentido decisivamente MARTÍNEZ USEROS (63) puso de manifiesto que no cabe hablar de servidumbres en el dominio público, siendo la figura de la concesión la que cuadra a los supuestos que se pretendía calificar como de servidumbres. En la misma dirección reaccionó enérgicamente PÉREZ OLEA (64) contra tal criterio jurisprudencial, que se había reiterado en las sentencias de 6 de febrero y 1 de julio de 1957, pese a que en el interín se había promulgado el Decreto de 10 de octubre de 1952, cuya artículo 1.º disponía que las autorizaciones para ocupación de terrenos de dominio público por las líneas telefónicas se otorgarían siempre a título precario, viniendo obligada la Compañía a realizar por su cuenta las modificaciones impuestas por razones de obras y servicios públicos (65).

(62) Vid. sobre esta doctrina jurisprudencial extensamente, MARTÍNEZ USEROS, *Impropiedad de servidumbres sobre dominio público*, en "Estudios dedicados a García Oviedo", vol. I, Sevilla, 1954, págs. 4 y 5.

(63) *Impropiedad de servidumbres sobre dominio público*, especialmente págs. 30 y siguientes.

(64) *Las concesiones de dominio público a título de precario*, en el núm. 24 de esta REVISTA, págs. 187 y sigs.

(65) Posteriormente el Decreto de 13 de mayo de 1954 establece salomónicamente el criterio del reparto de gastos por mitad.

IV.—CONCLUSIONES.

Como consecuencia del estudio realizado puede llegarse a las siguientes conclusiones:

1.ª La precariedad en general en el ámbito administrativo tiene un sentido radicalmente distinto al que ostenta en el campo del Derecho privado.

2.ª Para su comprensión más adecuada debe remitirse a la teoría general del negocio jurídico, y dentro de él, a su elemento causal.

3.ª La precariedad aparece así como una modalidad de revocación de los actos administrativos por razones de oportunidad, basada en la alteración de la causa del negocio originario.

4.ª La inserción de esta cláusula en las concesiones de dominio público tiene como misión velar por la finalidad primordial de un dominio anormalmente utilizado.

5.ª La justificación de esta cláusula viene conectada no con el mantenimiento del interés público *in genere*, sino con el interés público específico a que el dominio público sirve.

6.ª La precariedad no puede introducirse ilimitadamente al amparo del ejercicio de facultades discrecionales.

7.ª Distinguimos dos tipos de precariedad: Precariedad de primer grado, que lleva aparejada indemnización, y precariedad de segundo grado, cuyo juego elimina la situación jurídica sin compensación económica.

8.ª La precariedad relativa o de primer grado, que va acompañada de indemnización en la mayoría de los países de régimen administrativo similar al español, no presenta especialidad acusada frente a la conversión de los derechos subjetivos administrativos por razones de interés público, salvo la eliminación del procedimiento expropiatorio.

9.ª La precariedad absoluta o de segundo grado lleva aparejada la modificación o extinción de los derechos por razones de interés público directamente conectadas con el fin primordial del dominio de que se trate y sin derecho a indemnización. Aparece principalmente en las autorizaciones y exige una expresa situación de interinidad incompatible con las concesiones a término.

10. La Administración no goza de facultades ilimitadas para introducir estas cláusulas, debiendo venir autorizadas para ello expresa o im-

plicitamente, en razón de sus funciones de salvaguarda del interés público prevalente en el dominio de que se trate.

11. La práctica administrativa española viene, sin embargo, acusando una utilización desnaturalizada de la cláusula de precario, con la que se pretende amparar una libertad de movimientos incompatibles no sólo con los dictados del Estado de Derecho, el propio sentido de la demanialidad pública y de los imperativos de la economía, sino también con el espíritu de la legislación básica administrativa española, ya que normalmente sólo en normas de rango inferior se contiene este tipo de previsiones.

12. La jurisprudencia ha venido amparando tal utilización desnaturalizada y extensiva de la cláusula de precariedad, quizá por la mera influencia terminológica del término y la evocación de su sentido en el Derecho civil.

13. Con ello la precariedad no sólo no lleva aparejado la exigencia de indemnización, en contra de lo que viene aceptándose por la jurisprudencia y la doctrina de otros países, sino que se emplea para realizar mutaciones concesionales ajenas al interés que representa específicamente el dominio de que se trata.

14. En cuanto a la precariedad de segundo grado, se insiste en su carácter excepcional, al menos para el ámbito de las concesiones. Su aparición se producirá en circunstancias de carácter provisional marcadamente transitorias, conocidas a ciencia y paciencia del beneficiario de esta situación.

15. La precariedad de segundo grado implica una mera tolerancia por parte de la Administración y una situación efímera y transitoria, lo que conduce a calificarla como precaria. Ahora bien, no es lícito, como alguna vez parece reflejarse en alguna jurisprudencia, realizar planteamientos inversos, es decir, ante la aparición de la cláusula de precario, colegir sin más que se trata de una situación provisional y dispositiva, unilateralmente modificable por la Administración.

