

I.—COMENTARIOS MONOGRÁFICOS

LA EFICACIA DE LA CONCESION Y LA CLÁUSULA «SIN PERJUICIO DE TERCERO»

SUMARIO: I. Unidad de la idea concesional. — II. Origen y desarrollo de la cláusula «salvo iure tertii». — III. Naturaleza de la cláusula. A) La conservación del estado posesorio y su alcance. B) Provisionalidad de la concesión. C) Neutralismo de la Administración concedente. D) Irresponsabilidad de la Administración concedente. E) La cláusula como «conditio iuris» frente a terceros. — IV. Medidas preventivas de los perjuicios de terceros. — V. Eficacia objetiva de la concesión y sus límites. 1. El daño al derecho de tercero. 2. La cláusula «dejando a salvo el derecho de propiedad» y el daño de derecho. A) Nulidad de la concesión por falta de objeto. a) Falta de legitimación por versar la concesión sobre el dominio privado. b) Ineficacia de la concesión demanial por anterior concesión con el mismo objeto. c) El despojo futuro para concesión de dominio. d) Las mutaciones demaniales. e) Las consecuencias legales de la falta de legitimación. B) Nulidad por incompatibilidad concesional. a) Incompatibilidad con anteriores concesiones otorgadas. b) Existencia de Monopolio concesional. 3. Perjuicio en el ejercicio del derecho. Daños por la explotación. A) Concreción de los perjuicios. B) Actualidad del perjuicio. C) Ilegalidad del perjuicio. D) Anterioridad de los derechos dañados. E) Consecuencia de la existencia de perjuicios. — VI. Eficacia subjetiva absoluta: «Res inter partes». 1. Concepto de parte en el Derecho administrativo. 2. La Administración como parte. 3. Incumplimiento de la Administración como parte. 4. Las excepciones al principio de intangibilidad respecto a la Administración. 5. La eficacia subjetiva de la concesión respecto al particular destinatario directo del acto. B) Eficacia subjetiva relativa: «Res inter alios». 1. El concepto de tercero administrativo. 2. La eficacia reflejo de la concesión y la protección de intereses simples.

I.—UNIDAD DE LA IDEA CONCESIONAL.

Como ha dicho JACQUELLIN, el Derecho administrativo ha nacido de una feliz combinación de la idea constitucional del Poder público con las nociones jurídicas fundamentales del Derecho privado. Una de estas ideas privatistas que más tradición y arraigo ha tenido y tiene en el Derecho administrativo español, es la cláusula, corriente en el otorgamiento de las concesiones administrativas, de verificarse éste sin perjuicio de tercero y dejando a salvo los derechos de propiedad.

Por lo que afecta al ámbito de aplicación de la cláusula, interesa en primer término insistir en la abstracta posibilidad de construir el concepto de la concesión administrativa sobre una base común que acoja elementos que *prima facie* puedan parecer dispersos e incompatibles. En efecto, el Derecho administrativo francés, *ad exemplum*, se ha cons-

tituído sobre el cimiento, ciertamente sólido, del servicio público, alrededor del cual se edifica y analiza la idea concesional. Mas en su sistemática del Derecho administrativo, la concesión de dominio público aparece como una simple *permission de voirie*, que ninguna relación guarda con la idea autónoma de la concesión de servicio público. Con el resurgimiento del nuevo concepto de concesión industrial se ha creado, a su vez, en la sistemática francesa, una escisión del concepto, antes unitario, de la concesión de servicios públicos.

Este sistema de concebir el Derecho administrativo, girando alrededor del servicio público, da mayor vitalidad a las instituciones; mas lleva implícita la consecuencia de consignar aquél como un *jus temporale*, ligado a una fase histórica en que la Administración activa casi no tiene otra función ni otro poder que el derivado del servicio público.

Por el contrario, el Derecho administrativo italiano, al pretender construirse —como ha dicho TREVES— sobre la base puramente lógica que de rechazo diera al sistema una estabilidad independiente de las variaciones legislativas, ha concebido una idea unitaria de la concesión administrativa, sin llegar por ello a homogeneizar elementos que de suyo tienen profundas diferencias.

Se explica la disolución del concepto unitario de la concesión en el Derecho administrativo francés, por su técnica repudiadora de la construcción puramente logicista y por su contraria aspiración a un vitalismo jurídico en el Derecho administrativo.

Paradójicamente, la síntesis unificadora de la concesión surgió en Italia a través del estudio de RANELLETTI sobre la distinción entre concesión y autorización en la legislación francesa. La concesión se configura como el acto administrativo creador de derechos, *ex novo*, en tanto que la autorización se circunscribe a ser un mero presupuesto de eficacia y no de validez, estribando su virtualidad en una remoción de limitaciones de policía administrativa a derechos y facultades que ya el particular poseía con anterioridad. De este modo la autorización no opera creando derechos, ni modifica el mundo de las relaciones jurídicas existentes; se limita a dar entrada en él a un derecho ya existente, pero dormido o potencial en su eficacia, por la presión impeditiva de obstáculos policiales, esto es, exteriores a los elementos del supuesto de hecho, que coartaba la posibilidad del ejercicio y eficacia del derecho.

En la autorización, el derecho del administrado nació ya antes de que la Administración la otorgase, y tal derecho, generalmente, tiene rango y naturaleza civil, por contraposición a la concesión, cuyo carácter, cualquiera que sea el alcance que se dé a su contenido, es puramente administrativo y surge para el concesionario como verdadero privilegio. Como ha dicho MAYER, la autorización significa simplemente el restablecimiento de la libertad y no tiene contenido propio. No da a quien lo obtiene

nada que ya no tuviera sin ella. Una vez descartada la prohibición, existe para el administrado autorizado la posibilidad de hacer valer, en la dirección dada, todas sus fuerzas y todos sus recursos. El individuo llena, mediante valores materiales, el espacio que el permiso o autorización ha creado; sus bienes están entonces protegidos frente a terceros de la misma manera en que por lo general están protegidos los bienes por sí mismos y no a causa de la autorización. Esta es, sucintamente resumida, la doctrina italiana y germana sobre la autorización y sus diferencias con la idea concesional (1).

Esta concepción, que *prima facie* se nos aparece como puramente lógica y, por ello, con validez universal, choca directamente con nuestra normativa en puntos esenciales. Si la autorización es una pura remoción de límites, pierde su sentido una autorización temporal, que es perfectamente posible en nuestro Derecho (Sentencia de 20 de noviembre de 1927). La jurisprudencia ha llegado incluso a afirmar el carácter de concesión de servicio público inherente a una licencia particular para pescaderías (R. D. C. de 17 de junio de 1929). De hecho no es novedad el valor patrimonial que en el mercado tiene la autorización industrial de determinadas empresas, que suele tener valor autónomo e independiente de todo contenido material y que da origen a la llamada en el tráfico «venta del número». Además, al otorgar la autorización no queda ya excluida toda actividad administrativa, sino que, por el mismo clausulado de la autorización —similar al de una concesión—, el incumplimiento de las condiciones lleva aparejada la caducidad del permiso, de análoga forma a lo que sucede en las concesiones. Las fronteras entre ambos conceptos se diluyen así, y aún más si se tiene a la vista el escaso rigorismo técnico con que nuestra legislación y la misma jurisprudencia manejan ambos términos, con frecuencia confundidos o desvirtuados con erróneas calificaciones.

La doctrina italo-germana parte de otro lado de un supuesto que es negado por la propia realidad universal. La libertad de industria y de comercio choca con la concepción, fuertemente arraigada en la conciencia política del hombre moderno, de la función social que a toda propiedad afecta y de la función conformadora de la realidad económica y social que al Estado atañe. De este modo es incongruente concebir la autorización a manera de una válvula de escape por donde la presión de la libertad económica desenfrenada queda eliminada, sino que, por el contrario, esta autorización policial implica una técnica de tutelar el interés público y forzar a la actividad económica y social a seguir los derroteros más convenientes a las necesidades públicas. Así, la efec-

(1) RANELLETTI, *Teoría generale delle autorizzazioni amministrative*, en «Giur. ital.», XLVI, 1894. y en «Rivista ital. per le Scienze giuridiche», XVIII, 1894.

tiva creación de un derecho que supone hoy en muchos casos la autorización; el condicionamiento continuativo de la misma, su caducidad por incumplimiento, el valor económico que implica, la discrecionalidad en su denegación (S. de 7 de abril de 1943) y el carácter reglado de su otorgamiento (S. de 5 de octubre de 1918); la intangibilidad de la autorización, una vez otorgada y en situación de cumplimiento de condiciones, respecto a la Administración (S. de 8 de octubre de 1925), y, en definitiva, la distinta perspectiva de la función social frente a la libertad económica descontrolada, suponen de suyo, y en gran parte, el derrumbamiento de las antiguas murallas que separaban el concepto de autorización del de concesión. No sirve en nuestra normativa la construcción logicista, de espaldas a la realidad jurídica y social, edificada por el Derecho administrativo italiano, que, pudiérase afirmar sin excesiva osadía, tampoco se adecúa a la realidad de su propio país. Mas esta quiebra de todo un edificio lógico no implica necesariamente la renuncia a un sistema categorial que permita comprender la realidad sin diluirla y desmenuzarla en menudos fragmentos de naturaleza autónoma, sin conexión ni interdependencia, como sucede en el actual Derecho administrativo francés. De hecho subsiste una diferencia esencial entre las ideas de autorización y concesión, y es cabalmente el carácter excluyente y privativo que es inherente a la segunda. No quiebra la propia naturaleza de la autorización el hecho hipotético de otorgarse indefinidamente, ni este supuesto iría de suyo en contra del interés público; en tanto que la facultad de la Administración respecto al otorgamiento de concesiones es de por sí limitado, ni puede concebirse un indefinido otorgamiento. Justamente en esta distinción nace la configuración de instituciones que otrora fueron puras autorizaciones, como concesiones administrativas, y nos referimos en concreto a las actuales concesiones industriales (tabaco, pesca de ballenas, etc.).

La idea central de la distinción, que configura el concepto de la concesión administrativa y permite lograr su unidad, es, a mi juicio, la noción del privilegio regalístico, como *lex in privos lata*. Tampoco el privilegio, por su rango y alcance derogatorio del régimen común puede concederse indefinidamente. Precisamente este retorno a lo histórico nos va a permitir, por aparente paradoja, comprender instituciones, como la concesión industrial que *prima facie* parecen *ex origine* contemporáneas, y penetrar en el sentido de expresiones jurisprudenciales que quizás emitidas inconscientemente en este sentido revelan una aguda comprensión. Así, nuestra jurisprudencia habla de la concesión del Banco de España, en cuanto servicio público (S. de 27 de mayo de 1950), concesión de señoríos jurisdiccionales (S. de 2 de octubre de 1850, 3 de marzo y 27 de junio de 1866, 27 de junio de 1866, 27 de junio de 1867, 19 de diciembre de 1876, 26 de febrero de 1879, 7 de julio de 1944).

concesión de mercado (S. de 22 de abril de 1942), de kioskos (S. de 21 de octubre de 1941), ligándose a los mismos privilegios regalísticos (S. de 8 de febrero de 1930). Todos estos casos suponen un uso o derecho excluyente que es justamente lo que tipifica la concesión frente a la autorización. Y ya definido este criterio, cabe aludir a la potencia lógica de la cláusula sin perjuicio de tercero, que ligada sustancialmente al carácter privativo de la concesión, es la nota más característica de la misma, frente al concepto de autorización, en que perdería todo su sentido.

El origen histórico de la concesión en cuanto figura jurídica autónoma, engarzado con los *privilegia Principis*, como daciones regalísticas al súbdito, es un argumento adicional a favor de la idea unitaria. La misma novedad de la concesión industrial que, concretamente en Francia, ha revolucionado la sistemática tradicional, trayendo de rechazo la crisis de la noción clave del servicio público, no es tal novedad si se vuelve la mirada al Derecho de las regalías medievales, ejemplo significativo de las cuales es la *piscaria* o concesión de industria pesquera o la concesión de mercados, *tabulae, bancae, planeae, scamna*, etc., o la concesión de *posaderia*, tan entrañablemente regulada en nuestra legislación del Medievo.

Es esta cabalmente una justificación de peso, en pro de la reconstrucción logicista e histórica del Derecho administrativo, la de que, cualquiera que sea los avatares de las propias instituciones, el edificio lógico permanece incólume, por no haberse cimentado éste en las movilizadas arenas de unos principios contingentes que sólo alcanzan su plenitud de sentido si se ligan a un período social y a un ambiente histórico contingente. Un tipo legal determinado puede quedar vacío, sin ejemplificaciones concretas, en un período histórico específico, pero su virtualidad, como delimitador de conceptos, marcando fronteras a lo desigual y colocando bajo idéntica rúbrica lo igual, quedará de todo punto intacta. Con la doctrina francesa del Derecho administrativo cortamos, además, de improviso el hilo integrador de lo histórico y establecemos una solución de continuidad difícil de restablecer, y ello no para alcanzar unas categorías inmanentes que, pese al desdén de lo pasado, permitan comprender establemente lo futuro, y de ello es buen ejemplo la actual crisis lógica de las ideas matrices en que el propio Derecho administrativo francés se había nutrido.

Delimitada la noción y tipo legal de la concesión administrativa *in genere*, y singularmente trazado el hito que la aisle de la idea contrapuesta de autorización, importa analizar a su vez la idea misma de la concesión.

A estos efectos preciso es escindir, dentro del género común, los casos de pura constitución de un derecho privativo de aquellos otros su-

puestos en que la creación del derecho concedido opera a base de transferir al administrado algo que antes virtualmente y en potencia tenía su existencia en manos de la Administración (2). Se ofrece así una doble perspectiva de concesiones constitutivas o traslativas, que no debe inducir al error de considerar que sólo las primeras son creadoras de derechos. La distinción hace referencia más bien a un *plus*, inherente a las segundas y de que las primeras carecen. Ambas, en nuestra legislación histórica, suponen privilegios otorgados por el Príncipe al súbdito; las dos implican una merced graciosa, que podríamos traducir hoy como discrecionalidad administrativa. Mas las primeras limitan su fuerza a la concesión de un derecho cuyo otorgamiento a favor de los súbditos está reservado al Príncipe, en tanto que en las segundas, junto a la dación del derecho o privilegio, se verifica a modo de una transferencia o traslación desde el Poder público al súbdito.

Llegamos así, en este rápido esbozo, a una trascendental distinción entre las concesiones constitutivas puras y las traslativas. La delimitación es, en ciertos casos, un tanto confusa; mas, con todo, la diferencia obedece a la complejidad del supuesto y no a la falta de precisión y nitidez de la clasificación. Esta dificultad aparece, por ejemplo, cuando se trata de las concesiones de títulos nobiliarios, considerados por ZANOBINI y por la unanimidad de la doctrina como constitutivas puras; empero, frente a esta consideración se opone la existencia implícita en la Corona de los títulos a conceder, como se evidencia por la reversión a la misma en casos específicos, y a más de ello, por la traslación que de la dignidad objetiva de la cosa pública (*maiestas*) se opera a favor del súbdito, como ha puesto de relieve agudamente GARCÍA DE ENTERRÍA.

Dejando a un lado ulteriores argumentos en defensa de la unidad de la idea concesional, importa a nuestros fines poner de relieve cómo justamente la cláusula *sin perjuicio de tercero* constituye un motivo o fundamento más en pro de esta unidad. Pese a las hondas diferencias de contenido que a las diferentes clases de concesión separan, en todas ellas, indiferentemente de su naturaleza constitutiva o traslativa, tiene su presencia y virtualidad la cláusula, lo mismo en las concesiones de títulos y grandezas o de marcas registradas que en las concesiones de dominio o de servicio público (3).

(2) FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, München, 1950; pág. 161 («Gestaltungsakt»).

(3) Así, demostrando que los títulos honoríficos son concesiones (ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1945, pág. 212, KORMANN, VITTA, BARONE, ROMANELLI), la S. 23 nov. 1906 y S. 5 julio 1912: «La concesión administrativa de título nobiliario es, sin perjuicio de tercero, y no puede prevalecer ante los Tribunales contra quien ostente mejor derecho»; art. 12 Estatuto Prop. Industrial de 30 de abril de 1930. La eficacia de la cláusula en estos casos se centra en la provisionalidad del otorgamiento. Vid. infra, el texto.

Centramos este intento de construcción en las concesiones traslativas, por su mayor importancia relativa y por el mayor abandono que nuestra doctrina ha mostrado en ellas. Mas, no obstante, la casi íntegra totalidad de las afirmaciones que más adelante se hacen, singularmente en lo atinente a las concesiones demaniales, tiene perfecta aplicación a las formas concesionales de pura constitución de derechos.

Precisa, pues, desbrozado el terreno preliminar necesario a toda delimitación conceptual, examinar el *quid unitatis* que permite englobar en un tipo legal subgenérico del concepto de concesión, las modalidades de concesión de dominio y servicio público, como cubiertas ambas por la rúbrica común de concesiones traslativas.

Según la concepción de ZANOBINI, seguida por KORMANN, VITTA, BARONE y ROMANNELLI, la concesión demanial es una concesión puramente constitutiva y no traslativa, ya que con ella no se transfiere al administrado facultades o poderes públicos. Tal concepción parte de un supuesto erróneo y de una excesiva delimitación en cuanto a lo que efectivamente se transmite al concesionario. Concretamente, en el Derecho español, por imperativo de nuestra propia legislación, la concesión traslativa debe en buena parte construirse unitariamente. Así, la Ley de Obras Públicas habla de las concesiones administrativas referidas tanto al dominio como a las obras públicas.

La Sentencia de 26 de mayo de 1923 establece comúnmente el concepto de la relación jurídica concesional, al definir que en la misma «la Administración interviene como poder del Estado y no como persona jurídica, ya sea para realizar determinados servicios públicos, ya para otorgar el uso o aprovechamiento de ciertos bienes de dominio público concedidos a los particulares o entidades jurídicas bajo determinadas condiciones que la misma Administración impone, dando lugar con ello al nacimiento del contrato especial genuinamente administrativo de la concesión, que no está definido ni regulado en el Derecho civil». En ambos supuestos—concesión de dominio o de servicio público— la Administración crea un derecho transfiriendo al particular concesionario funciones inherentes al Estado. Esta transferencia de funciones, que no implica en todo supuesto transferencia de poder, es el concepto que puede permitir unificar la idea, un tanto dispersa en la normativa actual, de la concesión administrativa. Nuestro Consejo de Estado lo ha puesto agudamente de relieve en un dictamen reciente: «Es, en efecto, característica la concesión de aprovechamiento de dominio público o concesión demanial; pero lo es tanto la concesión de gestión de servicios públicos como especie distinta del mismo género. *La idea común que trasciende de ambas especificaciones está en la cesión al particular de una esfera de actuación originariamente administrativa.* Esta esfera puede luego referirse al orden real, y aquí el orden de lo

originariamente administrativo lo da la idea del dominio público, cuya titularidad únicamente y de modo necesario (criterio de la inalienabilidad del dominio público) corresponde a la Administración; o referirse al orden de la actividad y la gestión, y en este supuesto el concepto de servicio público discrimina entre toda la gama de actividades posibles aquellas que son administrativas de modo natural, originario y exclusivo. Por el negocio de la concesión, la Administración transfiere a un particular una esfera de actuación en cualquiera de estos órdenes; lo característico y común es que en todo caso, y por hipótesis, esta transferencia es parcial, comprende una tasa limitada de facultades y en modo alguno una propiedad plena, pues dominio público y servicio público siguen siendo tales tras la concesión, y por ende referibles a la Administración, que en algún sentido, por el hecho simple de esta titularidad constante e inderogable, mantiene en la situación facultades de imperio.» (Consulta núm. 6.683, de 14 de noviembre de 1950.)

Singularmente, el hecho mismo de pretender coligar la idea concesional a la transferencia de poder y no a la mera transmisión de funciones, es la causa inmediata de que el Derecho administrativo francés, e incluso el italiano y alemán, repudie la unidad del concepto. De otro lado, esta conexión de la concesión al poder produce graves dificultades sistemáticas para estructurar adecuadamente la nueva forma de concesión industrial, que se explica de suyo si se restablece el nexo, no con el Poder, sino con la función. De hecho, nuestra legislación ha conocido supuestos de concesiones traslativas que ningún enclave podían tener en la clásica definición dicotómica de la misma. Solamente la idea matriz de la transferencia de funciones administrativas permite identificar las heterogéneas especies de lo que en principio tiene una raíz común. Justamente es esta idea la que permitió a la jurisprudencia administrativa concebir como concesión administrativa la facultad delegada a un particular de atender al reclutamiento y reemplazo de los Ejércitos de Ultramar (S. de 26 de octubre de 1891). Esta misma idea de la traslación funcional es la que permite englobar en el Derecho inglés bajo la rúbrica común de *franchises*, los privilegios reales de muy distinto alcance: *free fishery, hundreds, leets, court baron, mill thorough, waif, stray, wreck, free warren*, etc., coincidentes en gran parte con la idea continental de la concesión, y con mayor alcance incluso.

En todo caso, la idea nuclear de la concesión traslativa es la subrogación del concesionario al Estado en determinadas funciones, y no poderes, que le son consubstanciales. Incidentalmente, esta traslación subrogatoria ha sido afirmada por nuestra jurisprudencia (S. de 17 de diciembre de 1935) respecto a las concesiones demaniales en concreto, junto a la afirmación en las de servicio (S. de 7 de julio de 1933), y por vía general, en el R. D. C. de 17 de junio de 1929: «Toda concesión

implica la subrogación de ciertos derechos y obligaciones en la persona del concesionario.» Ciertamente que en la concesión de servicio, a más de la función administrativa, el concesionario queda investido de facultades o poderes administrativos que alcanzan el rango de poderes exorbitantes, llegando incluso a la facultad de incautación (S. de 29 de enero de 1947); pero lo esencial en este supuesto no es la investidura del poder, que es, en definitiva, contingente y compartido con la Administración, que nunca lo enajena en su totalidad, sino la transmisión de la función prestadora, del mismo modo que en la concesión medieval, lo accesorio era la *facultas regendi, gubernandi et meliorandi* (BESTA), en tanto que lo normal era justamente el traspaso de funciones soberanas (DEL GIUDICE).

La inclusión bajo una misma rúbrica de la concesión de dominio y de servicio queda por ello justificada, mas no implica lógicamente una identidad, que sólo es genérica. Las diferencias entre ambas nociones son profundas en cuanto a la especie: en la concesión de dominio, el interés público es sólo reflejo, teniendo una pura eficiencia interna, como respondiendo al interés *uti cives* de la generalidad, en tanto que en la concesión de servicio la eficacia es extrospectiva, frente al público, en quien se concreta *uti singuli* el interés a la prestación. Paulatinamente puede observarse, sobre todo desde la primera guerra mundial, un acercamiento de ambos tipos legales, en el sentido de ir perdiendo más y más la concesión de dominio sus notas típicas e ir configurándose como concesión de servicio; indicios de esta tendencia son la calificación de concesiones antaño demaniales como de servicio; por ejemplo, las relativas a energía eléctrica (S. de 14 de marzo de 1925; artículo 1.º R. O. 9 julio 1928, S. 31 octubre 1931), e incluso *a fortiori* las actuales concesiones industriales y la ponderación que al interés público y no la mera prioridad va teniendo (Ss. de 13 de junio de 1921 y 7 de abril de 1943). Mas con todo ambas formas jurídicas no han perdido su total virtualidad. De hecho puede superponerse, en el plano de principal-accesorio, dando lugar al interesante problema de la accesoriadad concesional de distinto rango. En efecto, un mismo administrado puede simultáneamente ser titular de varias concesiones independientes o dependientes, con rango de subordinación o coordinación en el caso de dependencia: coordinación en el caso *ad exemplum* de concesiones mineras de distintas clases, A y B, en el mismo terreno; subordinación, en las concesiones de ferrocarriles que implican la concesión del dominio indispensable (Ley de 23 de noviembre de 1877). El supuesto de subordinación puede también darse en las propias concesiones demaniales (S. de 17 de noviembre de 1911). Con todo, la individualidad de la concesión subordinada no se pierde totalmente; cierto que sigue, como es principio en la accesoriadad, las vicisitudes legales

de la concesión principal, mas el derecho de los terceros —frente a la concesión—, que es nota distintiva entre la demanial y la de servicio público, continúa teniendo su propia fisonomía, según el objeto de ambas concesiones coligadas. Esta autonomía eventual queda de manifiesto justamente a través de la operancia de la cláusula sin perjuicio, de modo que el tercero perjudicado en sus derechos por la concesión de dominio, al impugnar ésta, no impugna paralelamente la concesión de servicio, y caso de prosperar la primera impugnación no quedaría ineficaz la segunda, y viceversa. Nuevamente aquí se muestra hasta qué punto la cláusula es idea central de la concesión, imprescindible para la construcción lógica de la misma.

Diferencia esencial entre ambas suertes de concesiones la constituye la calificación de derecho real que a la concesión demanial afecta, por su proyección fundiaria, que hace que al carácter excluyente o privativo (eficacia erga omnia) se añada idea de inmediatividad, provocando así el surgimiento de un derecho real inmobiliario (4). Es indiferente a nuestros concretos fines la calificación típica de este derecho real, ya sea de *estado de derecho y título de legítimo disfrute* (Ss. de 29 de octubre de 1913, 14 de marzo de 1922, 5 de octubre de 1924, 18 de abril de 1925, 22 de mayo de 1930, 21 de junio de 1930), ya de *propiedad firmísima* del particular (R. D. C. de 30 de diciembre de 1895), ya de *posesión de derecho* (Ss. de 3 de octubre de 1883, 26 de mayo de 1923, 5 de julio de 1945), sin que en ningún caso la creación de este derecho real suponga adquisición de dominio público (S. de 17 de junio de 1950). El carácter real de la concesión de servicio público con concesión demanial subordinada muestra cómo la autonomía eventual de lo subordinado lleva en este caso a la configuración prevalente del conjunto. Así, la jurisprudencia ha definido a la concesión de ferrocarriles o tranvías como *cesión de usufructo* (Ss. de 9 de diciembre de 1925 y 8 de julio de 1931), *cesión del dominio útil, con la reserva del dominio eminente por el Estado* (Ss. de 5 de abril de 1905 y de 6 de diciembre de 1911).

A ambas formas de concesión traslativa ha aplicado la jurisprudencia como rúbrica común las denominaciones de *pacto contractual* (Sentencias de 30 de septiembre de 1911 y 14 de marzo de 1936), *concierto de obligatoria observancia* (S. de 26 de marzo de 1935), *contrato bilateral* (S. de 6 de mayo de 1911), *acto bilateral* (S. de 5 de julio de 1943), o simplemente *contrato*, sin más calificativos (R. D. C. de 30 de diciembre de 1886, S. de 22 de diciembre de 1892, R. D. C. de 12 de marzo de 1897, Auto de 11 de diciembre de 1908, Ss. de 31 de mayo de 1910, 22 de octubre de 1910, 29 de noviembre de 1912, 27 de diciem-

(4) RIGAUD, HAUBIQU, cfr. nota 24.

bre de 1912; 7 de febrero de 1914, 11 de diciembre de 1916, 1 de julio de 1920, 20 de mayo de 1923, 6 de diciembre de 1924, 9 de noviembre de 1933, 21 de febrero de 1942, 5 de junio de 1943 y 3 de enero de 1944). *convención específica de Derecho público* o *negocio jurídico-administrativo complejo* (S. de 31 de enero de 1935), o *negocio de Derecho público* (S. de 10 de julio de 1935).

Es este carácter bilateral, sin entrar ahora en analizar la evidente inadecuación del calificativo de *contractual*, una nota común al género de las concesiones traslativas, que permite identificarlas entre sí y diferenciarlas de las concesiones puramente constitutivas, en que la posición y actividad de la Administración concedente se agotan y precluyen en el mero otorgamiento, sin que la incumba posterior control o actuación.

II.—ORIGEN Y DESARROLLO DE LA CLÁUSULA «SALVO IURE TERTII».

El Derecho administrativo actual no es puramente —como quiere ROGER BONNARD— un producto consecuente a la aparición económica de los servicios públicos y derivado con exclusividad de las ideas generadas en la Revolución francesa. Muchas de sus instituciones tienen un arraigo más profundo, cuyos orígenes es incluso difícil determinar. De este modo el conjunto del Derecho administrativo, tal como hoy se nos aparece, se muestra como un conglomerado de sedimentación de distintas procedencias, que a través del tiempo han ido cristalizando nociones que, por su eficacia, no caducaron con el devenir de las instituciones que las dieron origen, sino que fueron posándose lentamente para formar el Derecho actual. Esta afirmación es justamente ratificada al observar el origen y antecedente de la cláusula *sin perjuicio de tercero*, a través de cuyas vicisitudes, en el Derecho, se nos muestra al mismo tiempo las distintas oscilaciones coyunturales del sistema político de cada época.

La cláusula surge en sus orígenes remotos en el Derecho romano, y concretamente en la Ley 2.^a, párrafo 16, Dig. XLIII, título VIII. Paulo: «Si quis a Principe simpliciter impetraverit ut in loco publico aedificet, non est credendus sic aedificare, ut cum incommodo alicuius id fiat, neque sic conceditur nisi quis forte hoc impetraverit.» El Código de JUSTINIANO repite la afirmación, no ya limitadamente a las obras públicas, sino con referencia general a los privilegios: «No puede el Poder público hacer concesiones del dominio privado», y por otra parte: «La concesión del Poder público no ha de causar perjuicio a nadie.» Con referencia al régimen de aguas, se encuentra también casi con idéntica expresión que en la actual normativa la misma cláusula; así, la

Ley de 17, Dig. VIII, título III: «Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt... aquam ita permitti duci si sine injuria alterius id fiat.» El alcance de la cláusula se comprende si se tiene en cuenta el carácter conservatorio de la legislación fundiaria romana, inspirada en el mantenimiento estricto del estado posesorio; posición que llega incluso a tipificarse como título para adquirir prescriptivamente el contenido objetivo del privilegio.

La cláusula pasa al Derecho común de la Baja Edad Media, desconocida en la Alta Edad Media como cláusula limitativa de los privilegios concedidos al Príncipe, cuya *largietas* no reconocía límites ni derechos adquiridos con anterioridad. De otro lado, como afirma BESTA, tampoco podían reconocerse éstos, desde el momento en que la posesión no implicaba el dominio paralelo (5). Sin embargo, esta afirmación ha de entenderse restrictivamente cuando se conecta a España. La Partida 3.^a, título XXXII, Ley 18, especifica que «Molino habiendo alguno en que se hiziese farina o aceña para pisar paño, si alguno quisiere facer otro molino o aceña en aquella misma agua acerca de aquel, puédela facer en su heredad o en suelo que sea el término del Rey, con otorgamiento dél o de los comun del Consejo, cuyo es el lugar donde quisiese facer; pero debe esto ser fecho de manera que el corrimiento del agua non se embargue al otro, mas que lo aya libre segun que era antes acostumbrada a correr.» Gregorio LÓPEZ glosa esta disposición, añadiendo: «Nullus potest vetare molendinum in flumine publico, cum Regis, videlicet communitatis licentia facere, vel in suo fundo sud autoritate, dum tamen primo molendino liberum comeatum, ut suis habebat, non impediat, licet id rediturus decrescat» (6).

Hay que tener en cuenta, respecto a la tajante afirmación de las Partidas, la reinstauración del Derecho romano que supusieron, sin tomarlo, por tanto, como modelo de las prácticas del Poder público de tiempo, que, por el contrario, parecen haberse basado en el principio

(5) BESTA. *Storia del Diritto italiano*, 1947. Milano, pág. 48. La unión histórica de la concesión *in genere* con los privilegios *Principes* se nos muestra singularmente en las formas concesionales, por ejemplo, en las demaniales, surgidas del *precarium* medieval, con revocabilidad *ad nutum*; esta revocabilidad cristalizó más tarde en la *reversio* o *Droit de retour* (BESTA, *op. cit.*, II, pág. 35), del que en el campo civil más ligado al derecho medieval, se nos conserva, ejemplo en la enfiteusis. Cfr. BOURDROT, *Les precariae verbo regis avant le concile de Lentines*, en la «Revue d'histoire ecclesiastique», 1900, I. En el Derecho Romano se encuentran ya antecedentes concesionales: «id concedendum non esse si deterior litoris marisve usus eo futurus sit» (libro 43, título 9, dig. de litore); «Praetor ait: ne quid in loco publico facias, inve eum locum inmitas, qua ex re quid illi damni detur, praeterquam quod lege, Senatusconsulto, edicto, decretove Principum tibi concessum est» (título 8, libro 43, Ley 2.^a).

(6) G. LÓPEZ. *Partidas*, Salamanca, 1555. pág. 185, tercera part.

opuesto. Empero, las Partidas insisten en el mismo principio: «las concesiones de regalías sólo se pueden hacer sin perjuicio del Derecho que los dueños llevasen en las cosas». El principio pasa a la Novísima Recopilación, que recoge disposiciones del siglo XIV. Así lo dispuesto por Juan I en Briviesca, en 1387, que pasó a la Ley 3.^a, título XIII, libro 6.^o, de la Nueva Recopilación, y a la Ley 11, título XVIII, de la Novísima. En esta disposición, relativa a minas, se manda «que las puedan otrossí buscar y cabar en otros cualesquiera lugares, no haciendo perjuicio unos a otros en cabar y buscar». El principio se repite también en las Leyes 3.^a y 4.^a del mismo título de la Novísima Recopilación.

La Sentencia de 3 de diciembre de 1871 justifica los antecedentes de la cláusula en la misma Ley citada de las Partidas, y aparte de ello, en la Ley 6.^a, título VI, libro 4.^o, del Fuero Viejo, y las Leyes 171 y 172 del Fuero de Sepúlveda.

Con los comienzos del Estado absoluto, el alcance de la cláusula pierde su total eficacia: los privilegios se conceden pese a cualquier otro privilegio anterior o al despojo que impliquen de derechos adquiridos. La cláusula de reserva (la *clause reservatrice*: «*Sans prejudice de son droit, lui étant absent et non appelé*») (7) queda sustituida por una cláusula antagónica, la llamada en el Derecho histórico español la cláusula *non obstantibus*, que toma el alcance de *clausula generalis* (8). La existencia de la cláusula *non obstantibus* en el Derecho español aparece afirmada en el comentario a las Leyes de las Partidas de Gregorio López (G. gl., Ley 3.^a, título VIII, Partida 3.^a), debiendo conectarse a la misma las llamadas *cartas desaforadas*. Pronto, por influencia del Derecho canónico y de los estudiosos del Derecho natural, se va limitando por la doctrina el alcance de tal cláusula *generalis* (9). La oposición del Derecho canónico y natural a la cláusula general se funda en el principio de que el Rey se entiende actúa según justicia: *Sans por-*

(7) A. GIRY, *Manuel de Diplomatie*, págs. 538 y 776, y OLIVIER MARTIN *Cours d'histoire du Droit français*, 1951, París, tomo II, pág. 294.

(8) En el Derecho francés del siglo XV, la cláusula adopta la misma nomenclatura y alcance que en el Derecho español: «non obstant toutes oppositions et appellations quelconques», o la de «non obstant toute autre clameur de haro, doléances et charte normande».

(9) OLIVIER MARTIN, op. cit., pág. 302, y además, *Quelques exemples de l'influence du Droit Canonique sur le Droit Public de l'ancienne France*, en las «Actes du Congrès de Droit Canonique à Paris», abril 1947, pág. 367. En las Cortes de Medina (1305), Barcelona (1421), Burgos (1379), Valladolid (1307), Briviesca (1387), se encuentra ya la fuerte oposición frente a las *cartas desaforadas*. BELLUGA, más adelante, recogerá el sentido político general al decir que «nam quamvis lex dicat quod Princeps sit solutus legibus, tamen ipsa profitetur secundum legem se velle vivere, maxime in hoc Regno, in quo Princeps ex pacto obligatus est, foris et privi- legiis et constitutionibus Regnorum».

ter atteinte au droit d'autrui. En BODINO se restringe tajantemente la facultad del Príncipe (*De Republica*, I, VIII, ed. en 8.º, págs. 157-158); *et en tous le dons, grâces, privilèges et actes du Prince, toujours la clause sauf de droit est entendue ores qu'elle ne fut exprimée.* En el *Recueil des edits* de 1720, de NÉRAN y GIRARD, se condiciona también la facultad de privilegio concedido por el Príncipe a que no produzca «aucun prejudice à un droit acquis à un tiers». Del mismo modo, Gregorio LÓPEZ, después de afirmar la posibilidad de que el Príncipe otorgue un privilegio con la cláusula *generalis*, indica que la interpretación de privilegio debe dirigirse en lo posible a no perjudicar, del modo que sea, los derechos de tercero (Ley 5.ª): *Privilegium debet interpretari, ut in possibilibus tertiū aliquo modo non laedatur* (v. d. gl. 2, título XVIII, Partida 3.ª). Se limita también la facultad de la cláusula *non obstantibus*, por la necesidad que la doctrina exige de que sea taxativamente específica para que revoque un anterior privilegio, debiendo siempre interpretarse de modo restrictivo y limitativo. De otro lado, en el concurso de privilegios con el Derecho común se hace prevalecer al Derecho común (10). De modo general, y siempre que en la discriminación de privilegios no se haga mención expresa de la cláusula *non obstantibus*, se afirma la vigencia de la conservación del estado posesorio anterior (11). En los tratados específicos sobre legislación de aguas se reafirman los mismos principios que arriba quedan expuestos referentes a Gregorio LÓPEZ, así, por ejemplo, PECCHIO (*De aquaeductu*, libro I, cap. II, quaestio 1.ª, núm. 8), BARBOSA (*De clausulis*, pág. 157, núm. 3), CYRIACO (*Controversiarum*) y CAEPOLLA (*De serv. rust. praed.*, cap. IV, *De Aqueductu*, núm. 23). Este último autor especifica que aunque la concesión de privilegios sobre aguas se inserte la cláusula *non obstantibus*, continúa vigente el principio sin perjuicio de tercero, ya que la cláusula general sólo puede tener efectividad si se trata de un perjuicio leve, pero no en otro caso, ya que no es lícito de ningún modo al Príncipe despojar del dominio a los súbditos sin causa y debida indemnización. En la obra citada de NÉRANT et GIRARD se repite este mismo argumento «*en effect, le Prince n'est jamais prèsumé vouloir déroger au Droit Commun et Général, ni préjudicier aux Droits d'un tiers, à moins qu'il ne déclare en termes formels sa volonté.*»

En esta situación se desenvuelve la eficacia de la cláusula sin perjuicio de tercero hasta el surgimiento de las ideas revolucionarias y

(10) *Privilegium primum non revocatur per clausulam secundi* (Gl. 2. Ley 39 título XVIII, partida 3.ª) privilegia quae laedunt restringenda, limitandaque, sunt iustam dispositionem juris communis, ut minus laedant (Gl. 2. 2.ª, Ley 6.ª, título XXV, partida 4.ª) et ubi concurrunt privilegium et jus commune, tunc potentius est jus commune quam privilegium (Gl. 13, Ley, 13, título VI, partida 6.ª).

(11) Gregorio LÓPEZ, Partida 3.ª pág. 185.

el posterior advenir del estado de Derecho y del principio de juricidad de la Administración en que, olvidándose ya en el texto de la Ley, de la antigua cláusula general se viene a aplicar lo que ya la realidad y el empuje crítico de la doctrina había impuesto respecto a su ineficacia y a la general vigencia del contrario principio *salvo jure tertii*.

En el art. 55 de la Ley general de obras públicas de la Restauración se especifica en su párrafo tercero que «toda concesión se otorgará sin perjuicio de tercero y dejando a salvo los intereses particulares», precepto que el art. 28 del Reglamento de la Ley citada reitera al establecer que «en toda concesión administrativa además de las concesiones facultativas del proyecto para la ejecución de las obras, las que sean aplicables entre las generales... deberán figurar precisamente...», «5.º, párrafo segundo: además, habrá de prevenir que la concesión se otorga sin perjuicio de tercero y dejando a salvo los derechos particulares».

La extensión de este precepto no sólo a las concesiones demaniales sino a las afectantes a los servicios públicos, se desprende de otros artículos del propio Reglamento (art. 40, p. ej., y núm. 3.º del art. 28). Ya antes de la promulgación de la Ley de obras públicas y de modo parcial, la Ley de 3 de agosto de 1866 de Aguas, en su art. 195, había establecido la misma prescripción de entenderse toda concesión de aguas públicas sin perjuicio de terceros y del derecho de la propiedad.

Rápidamente, el precepto emprende una expresión general en toda la legislación administrativa (12).

La actual evolución del Derecho administrativo ha hecho que la concesión de dominio público quede postergada a segundo término frente al auge de las concesiones de servicios públicos y a la aparición de la nueva forma de concesión industrial (13). De este modo, la eficacia de la cláusula, ligando aparentemente a la mera conservación de los dere-

(12) Artículo 110 del Reglamento de FF. CC.: «Toda concesión de esta clase (tranvías) se entenderá hecha sin perjuicio a tercero y dejando a salvo los derechos particulares, según lo prescrito en el artículo 28 del Reglamento para la ejecución de la Ley general.» También a la Ley general se remite el artículo 14 del propio Reglamento de FF. CC. para los supuestos de explotación de los mismos. Remiten al alcance de la cláusula los artículos 150 y 186 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, artículo 410 del Código Civil, coincidente con el 414 del proyecto de Código de 1882; R. D. de 29 de abril de 1860, artículo 2.º de la R. O. de 17 de febrero de 1908 sobre autorizaciones de obras e instalaciones eléctricas otorgadas por el Ministerio de Fomento y que afecten a las líneas férreas (norma VI); R. D. de 14 de junio de 1921, R. O. de 28 de agosto de 1924 sobre aguas, R. O. de 4 de julio de 1913, art. 1.º B), sobre servidumbre de paso de corrientes eléctricas; Ley de Puertos de 19 de enero de 1928, art. 55, núm. 4.º, que se refiere a los derechos adquiridos y los intereses generales, reiterándolos en su artículo 45; artículo 12 del Estatuto de propiedad industrial de 30 de abril de 1930, etc., etc.

(13) Cfr. núm. 3 de la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, *La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo*.

chos adquiridos, es difícil que la movilidad que exige la forma concesional del servicio público, permita ver claramente la operatividad de la cláusula en estas concesiones. Por ello, en la nueva legislación no es frecuente encontrar la clásica cláusula sin perjuicio de tercero, cuya eficacia de todos modos hay que entender vigente por imperativo de la Ley general de obras públicas, que no ha sido derogada en este aspecto (14).

III.—NATURALEZA DE LA CLÁUSULA.

A.—La conservación de estado posesorio y su alcance.

La Jurisprudencia se ha ocupado numerosísimas veces del alcance y naturaleza de la cláusula sin perjuicio de terceros, sobre todo en el caso

(14) GAY DE MONTELLÁ, en su reciente *Tratado de legislación de aguas públicas y privadas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1949, pág. 383, núm. 247, entiende que el mero hecho de no incluir específica y literalmente la cláusula en el texto del pliego concesional, implica la nulidad radical del acto de concesión. Entendemos que esta tajante solución no es sostenible en modo alguno. Se trata de una cláusula afectante a la parte reglamentaria de la concesión y no al contenido paccionado. De otro lado, la posibilidad—que la doctrina y la jurisprudencia admiten—de que la omisión de cláusulas reglamentarias vicie el acto concesional o suponga su inaplicación, sólo se puede ligar, como ha consultado nuestro Consejo de Estado (dictamen núm. 8.547), a las cláusulas y condiciones que impliquen un beneficio al concesionario y exclusivamente en los supuestos de concesión concurrida, y ello porque tal omisión—supuesta la imperatividad en todo caso de la cláusula—podría lesionar el propio interés de la Administración al apartar a licitadores o concursantes que quizá hubiesen insistido de tener a la vista la cláusula beneficiosa. Pero este caso excepcional no es obviamente el presente, ya que el contenido de la cláusula, como se verá más adelante en el texto, es de onerosidad y en modo alguno de beneficio. La Sentencia de 21 de mayo de 1870 llega a la misma conclusión (como muchas otras) de la imperatividad de la cláusula por vía tácita: «Por R. D. de 29 de abril de 1860 se determinó que la real autorización para utilizar aguas propias del Estado o que no tuviesen dueño conocido, se ha de entender siempre hecha sin perjuicio de tercero ni al derecho de propiedad.» De otro lado, la cláusula sólo se resuelve en la delimitación exacta de lo normalmente otorgado, por lo que no puede concebirse como determinadora de un contenido eventual, de que sólo puede hablarse cuando se trata de cláusulas cuya inclusión en el acto administrativo lo hace tendencialmente idóneo para producir efectos jurídicos *distintos de los normales*. (Cfr. LUCIFREDI, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Milano Giuffrè, 1941, pág. 715.) No es, de este modo, una *Nebenbestimmung*, como diríase en la técnica germana, sino una nueva declaración de lo que de todos modos habría de afirmarse a virtud de otro principio igualmente imperativo: derechos de particulares, irresponsabilidad de la Administración en el otorgamiento, etc. (Cfr. más adelante en el texto.) A la misma conclusión de sobrentenderse tácitamente llegan PACELLI, *Le acque pubbliche*, 3.^a ed., Cedam, Padova, 1934, pág. 362; G. ABBATE, *Corso di Diritto minerario*, Giuffrè, Milano, 1946, pág. 240; CAMMEO, *Diritto amministrativo*, págs. 228-229, número 21.

nás inmediatamente aparente de las concesiones de aguas públicas. En primer término, en esta Jurisprudencia, se sigue la dirección de interpretar la efectividad de la cláusula como obligación al mantenimiento del estado posesorio preconstituido (en este sentido, Ss. de 30 de junio de 1860, 20 de mayo de 1866, 1 de marzo de 1872, 30 de marzo de 1874, 20 de diciembre de 1891, R. O. de 28 de febrero de 1911, S. de 12 de junio de 1912, etc.). Específicamente a Sentencia de 17 de octubre de 1915 que repite conceptos ya enunciados por las de 5 de septiembre de 1844 y 21 de julio de 1866, determina que «el poseedor en el disfrute y aprovechamiento de aguas, ganado a título civil singular, como es el de la prescripción ordinaria, tiene los propios derechos, atributos y prerrogativas del verdadero propietario y no puede ser inquietado en los mismos, salvo que el estado posesorio se impugne en forma eficaz».

La Sentencia de 22 de junio de 1925 indica que «el estado posesorio debe ser en todo caso respetado por la Administración, puesto que no es potestativo de la Administración alterar en materia de concesiones de aprovechamiento de aguas públicas el estado de derecho creado en anteriores concesiones, sino que debe mantener los aprovechamientos existentes de las aguas de los ríos y declarar nulas las concesiones que infrinjan el estado posesorio, no sólo de los otros derechos de propiedad anteriormente consolidados, sino también cualesquiera otros derechos reales». Y en este sentido la Sentencia de 15 de febrero de 1923 indica: «que la Administración en los planes de aprovechamientos de montes, debe respetar las servidumbres establecidas en favor de los vecinos sobre los montes públicos y, caso de ser incompatibles dichas servidumbres con la conservación y mejora del arbolado, debe indemnizarse a los poseedores de las mismas.»

De esta manera, la Jurisprudencia delimita la eficacia de la cláusula como definidora del respeto al estado posesorio preestablecido al otorgamiento de la concesión. El estado posesorio a que se refiere la cláusula no sólo es el relativo a los derechos civiles adquiridos y que tengan naturaleza real, sino también a los derechos concesionales otorgados por la propia Administración.

B.—*Provisionalidad de la concesión.*

Otro aspecto ha tenido en cuenta la Jurisprudencia del Tribunal Supremo para definir el alcance de la cláusula sin perjuicio de tercero, cual es el referente a la llamada provisionalidad de la concesión. En este sentido la Sentencia de 29 de octubre de 1913 define que «la auto-

rización concedida con la fórmula de sin perjuicio de tercero y dejando a salvo los derechos de particulares, no contiene una vana fórmula, por cuanto se encamina a borrar hasta las últimas sombras de lesión y daño en todas las autorizaciones, significando también que todas ellas tienen cierto carácter de provisionales, hasta tanto que las obras se ejecuten, las certificaciones de los ingenieros, el silencio de los particulares y el tiempo, en fin, venga a demostrar lo inofensivo de los proyectos». La Sentencia de 10 de abril de 1881 incide en el mismo concepto de provisionalidad de la concesión, hasta que, con el transcurso del tiempo, se consolide por el silencio de los posibles perjudicados.

Se confunden de este modo, si se quiere tomar a la letra lo definido por esta Jurisprudencia, dos conceptos totalmente diferentes: La idea de validez y la eficacia del acto administrativo concesional. Como ha dicho la propia Jurisprudencia del Supremo (Sent. de 8 de febrero de 1930, 21 de junio de 1930, 10 de abril de 1910), «toda concesión de aprovechamiento de aguas públicas, debe entenderse hecha sin perjuicio de tercero, quedando a salvo los derechos del particular, pero al establecerse esta cláusula de modo preceptivo, la Ley no quiso en manera alguna, dejar expuesta la concesión a eventuales mermas de su eficacia por causa de terceros, sino meramente que el otorgamiento ha de entenderse subordinado al respeto de todo derecho ya existente en el momento de efectuarse la concesión». En efecto, no puede entenderse que la concesión administrativa implique un caso de formación sucesiva del derecho, definido a través de momentos heterogéneos que perfeccionen su validez. De hecho, y aunque se aceptase que el silencio de los particulares y la falta de impugnación de la concesión, era un presupuesto de eficacia del propio acto, se vendría a concluir que este segundo momento solamente tendría un alcance complementario o negativo: el eventual de hacer funcionar la energía propia del primero, excluyendo su efectividad, y provocando a modo de una ineficacia sucesiva, no coincidente ni contemporánea a la declaración de voluntad de la Administración (15).

C.—*Neutralismo de la Administración concedente.*

Una razón intrínseca existe de hecho en la existencia de la cláusula. La Administración no puede invadir la esfera judicial, ni atribuirse

(15) ROMANELLI, *Sulla cosiddetta invalidità successiva degli atti amministrativi*, en «IUS», 1942; SANTI ROMANO, *Osservazioni sull'invalidità successiva degli atti am*

poderes exorbitantes en cuanto a la delimitación de derechos civiles. En este sentido se ha pronunciado reiteradamente la Jurisprudencia: «La Administración carece de facultades para ordenar que se subsanen las inscripciones consignadas en el Registro de la Propiedad relativas a minas, puesto que esto equivale a modificar el derecho de propiedad a que ellas se refieren, y el ordenar esa modificación es de la exclusiva competencia de los Tribunales ordinarios» (S. de 10 marzo de 1903). Del mismo modo «no es exigible al concesionario de una presa, cuando pretende obtener el correspondiente permiso para modificar el salto de agua, que acredite ser dueño de los terrenos que haya de ocuparse o el permiso del que lo sea» (S. de 3 de mayo de 1931). Y ello no sólo respecto al despojo y delimitación de la propiedad privada, sino también respecto a los eventuales daños. Tampoco en este aspecto puede erigirse la Administración en árbitro onnipotente tutelador de los derechos privados: «La concesión de aprovechamiento de aguas de un río, no puede condicionarse por la Administración exigiendo al usuario que indemnice a dos pueblos que se consideran propietarios de dichas aguas, ni le es lícito decidir de oficio sobre la pertenencia de éstas, atribuyéndole el contexto jurídico de bien patrimonial, ya que la Administración no tiene nunca jurisdicción para definir tan grave punto» (S. de 15 de diciembre de 1917 y 4 de noviembre de 1921). Por ello, «la Administración no puede exigir fianza al concesionario en garantía de daños eventuales a la propiedad particular o privada, sino que, en todo caso, debe limitarse a la fianza suficiente para la garantía de los intereses públicos» (S. de 4 de noviembre de 1921).

La Administración tiene específicamente atribuidas sus funciones relativas a la concesión y en modo alguno puede invadir competencias de la esfera judicial, definiendo, delimitando o despojando los derechos particulares de índole civil. Por esta razón, la cláusula sin perjuicio de tercero supone un contenido implícito de exclusión de efectos modificadores de un derecho: la energía potencial de la concesión administrativa se agota justamente en el efecto constitutivo operado, sin que trascienda a la variación o modificación de los derechos anteriores, prevaleciendo de este modo el principio de la conservación de los valores jurídicos.

En definitiva, la naturaleza y el alcance de la cláusula estriba en una definición de la neutralidad de la Administración respecto a los derechos adquiridos con anterioridad. La Administración activa no pre-

ministrativi en Raccolta di Scritti di Diritto pubblico in onore di Vacchelli, Milano, 1938, págs. 431 y ss.; GASPARRI: L'invalidità successiva degli atti amministrativi, Pisa, 1939.

tende modificar ninguna situación consolidada, sino crear, junto a las ya existentes, otra situación nueva.

D.—Irresponsabilidad de la Administración concedente.

Junto al neutralismo que la cláusula implica, se observa otra eficacia de la misma, cual es la relativa a la definición que implícitamente contiene de la irresponsabilidad de la Administración en el otorgamiento concesional.

La propia eficacia de la concesión exige justamente la necesidad de que la Administración no deba necesariamente examinar previamente el otorgamiento, la situación de los derechos adquiridos que puedan lesionarse con el mismo, ya que como se dice en el Real Decreto competencia de 12 de mayo de 1921, «en estos asuntos hay que proceder con gran cuidado para evitar que el interés particular, invocando el derecho de propiedad y la natural, necesaria y legítima propensión de los Tribunales ordinarios a declarar ese derecho, no priven a la Administración del libre y legal uso de sus facultades en materia tan importante para el interés nacional, como lo es el aprovechamiento de las aguas públicas, que constituyen riqueza tan extraordinaria, que, bien utilizada, puede resolver los más graves problemas sociales. dañados hondamente si por lo dicho se merman indebidamente las facultades de la Administración en la materia».

La irresponsabilidad de la Administración en el otorgamiento concesional, es afirmada, en el sentido expuesto por ZANOBINI (16), de excluir por la cláusula toda la responsabilidad del Estado, tanto respecto al concesionario, como frente a terceros; de los daños que los concesionarios puedan irrogar a otros sujetos responderán los mismos sin ninguna obligación, ni siquiera indirecta, por parte del Estado; del daño que el concesionario pueda recibir por la existencia de otras utilidades, se excluye también la responsabilidad por el principio general de la cláusula sin perjuicio de terceros. Por ello, el concesionario sabe que, donde algún derecho preconstituído se oponga al cuyo, aquél debe prevalecer, sin que por su parte pueda pretender la Administración ninguna indemnización de daños y perjuicios. De este modo, para definir exactamente la eficacia de la cláusula, podremos concluir que aquélla estriba en el neutralismo e irresponsabilidad de la Administración. Debe entenderse el neutralismo en el sentido de que presumiéndose toda propiedad libre (S. de 21 de enero de 1911), la Administra-

(16) *Corso di Diritto amministrativo*. Milano. 1949. IV. pág. 73.

ción no puede imponerle más limitaciones que las que la Ley determina, ni obligarle a cesiones sin cumplir previamente los requisitos legales. En este aspecto, la concesión no implica modificación de derechos constituidos, ya que no se presumen implícitas en ningún caso las limitaciones de estos derechos (Ss. de 23 de marzo de 1921, 30 de enero de 1924, 16 de marzo de 1932 y 29 de noviembre de 1941).

Junto al principio del neutralismo, el principio de irresponsabilidad define, como queda dicho, el alcance de la cláusula. Esta irresponsabilidad se dirige, tanto respecto a los daños ocasionados a los terceros, como al concesionario. En cuanto a los primeros, en este sentido debe entenderse la reiteradísima Jurisprudencia sobre el alcance de la cláusula: «La autorización se concede salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero, de lo cual se deduce que con ellos no puede lesionarse derecho alguno del particular, que podrá utilizar todos los medios y recursos ordinarios que en Derecho le correspondan, incluso el de interdicto, contra los actos ejecutados por el concesionario» (S. de 8 de abril de 1905). «Si los demás usuarios sufren alguna merma o perjuicio, estos daños no pueden dimanar de la misma concesión, sino, por el contrario, de su inmediata o abusiva aplicación» (S. de 17 de marzo de 1920). «La concesión de aprovechamientos de aguas con la cláusula de que haya de entenderse, salvo los derechos de propiedad y sin perjuicio de tercero, excluye la posibilidad de lesión alguna, porque no lastima derechos adquiridos desde el momento en que quedan a salvo los que puedan existir» (S. de 26 de junio de 1920).

«No lesiona derecho alguno de carácter administrativo reconocido a favor de una persona, la Orden que concede a una Sociedad el aprovechamiento de aguas de un río en un tramo del mismo determinado y obliga a dicha entidad a respetar todos los derechos y usos legales existentes en la zona correspondiente» (S. de 16 de noviembre de 1920). «La R. O. que otorga una concesión de aprovechamiento de aguas, no vulnera derecho alguno de carácter administrativo preestablecido a favor de tercero, cuando no se alega derecho alguno adquirido en virtud de disposición emanada de la propia Administración, y la concesión se otorga salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero, excluyendo así toda posibilidad de lesión de un derecho adquirido» (Ss. de 19 de enero de 1921, 20 de junio de 1920, 1 de diciembre de 1927 y 7 de octubre de 1916). «La existencia de un aprovechamiento anterior de aguas públicas no puede impedir una concesión posterior de las mismas, ni esta nueva concesión lesiona derechos adquiridos con anterioridad, por haberse otorgado con cláusula de sin perjuicio de terceros, por lo que no requieren tampoco la expropiación del aprovechamiento anterior» (S. de 26 de octubre de 1922). «En el otorgamiento de la concesión administrativa no puede entenderse implícita disposición alguna,

que imponga servidumbres a la propiedad particular, y antes bien la concesión deja a salvo este derecho y explícitamente obliga a indemnizar los perjuicios que se causen excluyendo de este modo, como reconoce el auto de 3 de enero de 1908, hasta la posibilidad de lesionar derecho alguno administrativo del reclamante» (S. de 30 de enero de 1924). «Entre las condiciones impuestas a todo concesionario, figura la de otorgarse la concesión sin perjuicio de tercero, poniéndose así de relieve que ni pueden vulnerarse derechos ni desconocerse los que puedan existir y estar silenciados (S. de 23 de abril de 1945). De este modo se configuran los daños ocasionados al estado posesorio anterior, como provenientes del abuso de la concesión y no del acto mismo del otorgamiento. Como ha dicho la S. de 23 de febrero de 1923, «la Administración pública en materia de concesiones de aprovechamiento de aguas, se limita a declarar el derecho de los peticionarios y fijar las condiciones de la concesión, correspondiendo a aquél en cuyo provecho ésta ha sido otorgada, el realizar los actos necesarios para la ejecución del proyecto y remover los obstáculos que a ello se opongan».

Junto al principio de la irresponsabilidad de la Administración frente a terceros, se añade la aplicación del mismo principio en cuanto a la irresponsabilidad económica de la Administración frente al concesionario (S. de 29 de abril de 1914). Este principio, que es de suyo general a todo contrato administrativo (S. de 11 de diciembre de 1916), aparece específicamente descrito en el referente a las concesiones de aprovechamientos de aguas públicas (art. 154 de la Ley de Aguas) y en las concesiones de almadrabas (R. D. de 4 de julio de 1924, art. 2.º, las concesiones se otorgan a cuenta y riesgo del concesionario), (Real Decreto de 11 de febrero de 1921, art. 2.º), en el sentido de que el concesionario no puede pretender ningún género de indemnizaciones o compensaciones por perjuicios o falta de ganancias en la explotación, sin que pueda exigir estipendios o retribuciones de ningún género, fuera de lo concretamente estipulado en la concesión. Este principio de riesgo y ventura ha sufrido parcial crisis por el intervencionismo estatal para paliar los trastornos económicos ocasionados por las circunstancias bélicas. Sin embargo, «esa intervención, estatal es incompatible en sentido estricto con el respeto al libre acuerdo de voluntades, si bien, disculpable al irse difundiendo y aceptando modernamente nuevas concepciones del Derecho, cual la innovadora doctrina de *rebus sic stantibus*, a fin de evitar la inesperada ruina de una de las partes y el excesivo enriquecimiento de la otra, pero con todo, no puede trasponer los límites indispensables a su finalidad, debiendo realizarse sin ampliaciones disconformes con lo legislado» (S. de 20 de mayo de 1950 en relación con la revisión de precios en montes resinosos, L. de 24 de septiembre de 1938, D. de 24 de junio de 1941, O. de 2 de julio de 1943).

E.—La cláusula como «*conditio juris*» frente a terceros.

Jurídicamente, la naturaleza de la cláusula se puede *prima facie* conectar con las distintas instituciones jurídicas: término, condición, modo, declaración eventual y reserva.

Interesa primeramente una delimitación negativa que aisle su carácter y nos permita más cabalmente captar su exacto sentido.

Podría concebirse la naturaleza de la cláusula como un modo o condición modal puesta en el contenido de la misma, en el sentido de TREVES (17). Así el concesionario estaría obligado al respeto de los derechos adquiridos, sin que esta condición modal se resolviese en condición propia, que en caso de incumplimiento provocase la nulidad del acto. Sin embargo, hay que tener en cuenta, que como más adelante se verá, en el supuesto de que la concesión implique un despojo, sólo los Tribunales podrán declarar su nulidad.

La naturaleza de condición resolutoria de la cláusula ha sido implícitamente sostenida por RESTA, VITTA, IPSEN, JELLINECK, EISENSTRAUF y SULSER, y ya mucho antes por GRACIANO (*Disceptationes*, 732. número 10), PEREGRINO (*De Fideicommissis*, art. 48, núm. 18), MARESCOT (*Variar*, lib. I, cap. 55, núm. 2), GIURBA (*De Foed. claus.*, núm. 75) y PARLADOR (*Rer. Quotid.*, cap. 6, núm. 6), que entienden que la operatividad de la cláusula se resuelve en definitiva en una condición potestativa y resolutoria. Frente a esto hay que tener en cuenta el alcance con que el Derecho común ha definido la condición resolutoria. En ésta la supervivencia del evento a que se condiciona el acto opera *ipso jure* sobre sus efectos. Por el contrario, en la concesión administrativa precisa en todo caso la declaración judicial de la nulidad, y de otro lado no se trata de un hecho jurídico condicionante, sino más bien de una situación jurídica anterior de tal carácter. Este carácter de anterioridad es el que ha llevado implícitamente a definir el alcance de la cláusula como *conditio in praesens vel in praeteritum collata* o condición impropia, en que no falta la certeza objetiva, sino únicamente la subjetiva de la Administración que desconoce el estado posesorio anterior al otorgamiento.

KORMANN parece concebir el alcance de la cláusula como reserva expresa del negocio jurídico en el acto administrativo, a modo de un *pactum displicentiae*. Empero, esta naturaleza más bien debe atribuirse a aquellos casos de concesión en precario y estrictamente a la revocación de la concesión por parte de la Administración activa, y no a la nulidad declarada por los órganos jurisdiccionales. Importa delimitar también el alcance de la cláusula sin perjuicio de tercero, frente a la

(17) *Sul modus negli atti amministrativi*, pág. 16.

reservas en el sentido en que LUCIFREDI ha definido (18). Para esta calificación precisa que se cumplan en la eficacia de la cláusula los dos siguientes requisitos de tipo legal: 1.º Tender a eliminar la posibilidad de que el acto concesional se interpretara con todos sus efectos que normalmente *ex lege* le corresponden. 2.º Que con ella la Administración intente evitar la posibilidad de que el acto se considere como la completa y definitiva reglamentación de tipo normal de la relación a que da vida, reservándose la facultad de prever sucesivamente otros aspectos que deja así en suspenso. El primer requisito, que abarca en definitiva a declarar que la naturaleza de la reserva es la concreción de un contenido eventual distinto al normal, nos aproxima ya al verdadero carácter de la cláusula. Para que de contenido eventual pueda hablarse es lógicamente necesario que tal contenido implique un *plus* o un *minus* al contenido normal del acto. Evidentemente, no sucede esto al hablar de la naturaleza de la cláusula, desde el momento en que la propia normativa impone en todo caso la aplicación de la cláusula, que debe entenderse por ello implícita en todo otorgamiento. No se trata, por lo tanto, de contenido eventual, sino más bien, por el contrario, de delimitar el contenido normal del acto. Ya en este plano discursivo, se ha vuelto por la doctrina a aplicar las posiciones anteriormente examinadas. VON MANGOLDT (*Nebenbestimmungen bei rechtsgewahrenden Verwaltungsakten*, en el «Verwaltungsarchiv». 1932, pág. 107) indica que la naturaleza de la cláusula es la de un modo impropio (*Unechte Auflage*); ANDERSEN la configura como una condición impropia (*Unechte Bedingung*); NEBINGER y LAGENSTEIN la configuran como un modo ejecutivo (*Vollziehende Auflage*). Sin embargo, el adjetivo de impropio añadido a los términos de modo o condición, no califica exactamente la naturaleza de la cláusula. La eficacia real de ésta estriba justamente en ser una mera advertencia cuando se inserta explícitamente en la concesión, con una eficacia, por lo tanto, de *puro hecho* (D'ALESSIO, DE VALLÉS, FORTI), con un valor puramente significativo o admonitorio (MIELE).

Lleva todo esto a configurar el alcance de la cláusula como una *conditio juris*, y en este sentido la ha calificado RANNELLETTI (*Facoltà creata dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, en la «Rivista italiana per le Scienze giuridiche», 1896, págs. 82 y ss.). De hecho, la *conditio juris* toma su naturaleza desde un punto de vista diverso de la condición normal, en cuanto, aun haciendo depender de ella la efi-

(18) Op. cit., pág. 222 y ss. El poder abstracto de la Administración, de imponer reservas en las concesiones, con un contenido propiamente eventual, se afirma implícitamente en las Sentencias de 15 de diciembre de 1908 y 30 de abril de 1918.

encia del acto, es autónoma en cuanto a la voluntad del sujeto emittente, constituyendo requisito de eficacia y no de la sustancia del acto.

Frente a las condiciones normales implica cierto carácter extrínseco respecto a la sustancia y naturaleza, actuando en relación con el efecto del acto. En definitiva, puede decirse que existe una *conditio juris* donde se encuentra un hecho extrínseco, extraño a la naturaleza del acto, del cual el acto en sí no se hace depender, pero sí su eficacia. Así, la concesión que quede ineficaz por operar la cláusula, no es un negocio *suicida* (LEONHARD), sino un negocio cuya eficacia es muerta por un algo extraño al negocio (*conditio juris*). De este modo la cláusula no implica contenido eventual ninguno, puesto que no supone una limitación, a la manera de un *minus* respecto a un *maius* en la extensión, eficacia y contenido del acto administrativo. Por el contrario, es simplemente una declaración, dada a fin de evitar que ante la presunción de legitimidad y valor que al acto administrativo afecta, pueda entenderse implícitamente que supone un despojo de derechos adquiridos. Importa, en este momento, delimitar el alcance de la cláusula en cuanto *conditio juris*, pues, pese a depender de ella la eficacia extrínseca del acto, no supone posibilidad ninguna para que tal ineficacia se haga valer por o frente a la Administración. El alcance de la cláusula *versus* la Administración estriba simplemente en la definición de la irresponsabilidad de ésta cuando indirectamente la concesión suponga un despojo de derechos adquiridos; en definitiva, la Administración se limita a declarar la inexistencia de poder de disposición sobre cosas relativamente indisponibles por inidoneidad del objeto, a modo de una valoración de los presupuestos del negocio con efectos diferidos: *si res mea sit*; con ello la cláusula no implica la posibilidad de que la Administración receda del vínculo creado por la concesión; la ineficacia se producirá eventualmente respecto a los terceros, pero no frente a la Administración, para quien vincula en todo caso el acto constitutivo emanado (*Errichtungssakt*). Incluso frente a los terceros, la presunción de legitimidad del acto administrativo (19) opera de tal modo que en el supuesto de que el particular despojado no recurra contra la concesión, el transcurso de los plazos preclusivos hace que se verifique normalmente de modo indirecto un verdadero despojo de los derechos consolidados anteriores. Sobre este argumento se basa la conclusión anteriormente expuesta respecto al alcance de la cláusula como definidora de la irresponsabilidad de la

(19) BORSI: *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, en «Studi Senesi», XVIII-XIX páginas 82-145 (901); G. TREVIS: *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padua, 1936, 25; ROMANELLI: *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, págs. 135 y ss.; NEBINGER: *Verwaltungsrecht*, pág. 211; PETERS: *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 1950, pág. 267.

Administración. En este sentido ha de entenderse la definición jurisprudencial de que la concesión es provisional; esta provisionalidad sólo afecta a los terceros que eventualmente se sientan despojados, mas en ningún caso a la Administración.

La naturaleza de la cláusula como mera delimitadora de la eficacia negativa de la concesión fué afirmada con carácter más general en 1790 por J. M. DOMÍNGUEZ VICENTE (*Ilustración a la Curia Filípica*), «y en cuanto a la cláusula, que se pone en las posesiones, que se dan sin perjuicio de tercero, que mejor derecho tenga y que habiendo perjuicio, no es posesión, es porque el Juez *por esta cláusula declara su ánimo, que se reduce a que no lo es privar de la posesión al que la tiene, ni perjudicarle en algo*, y por eso la posesión del otro queda preservada en virtud de la cláusula».

IV.—MEDIDAS PREVENTIVAS DE LOS PERJUICIOS DE TERCEROS.

Si bien es cierto que la Administración no tiene competencia para examinar la cuestión de propiedad, como trámite previo al otorgamiento de la concesión administrativa, hay establecido otro sistema indirecto de evitar la colisión de derechos y los perjuicios a los terceros. Esta tutela preventiva consiste fundamentalmente en los expedientes de información pública con los audiencias de los opositores y de los terceros que puedan resultar perjudicados (20). Sin embargo, las medidas preventivas no tienen solamente el alcance de una tutela provisional que quede posteriormente reafirmada en la impugnabilidad de la concesión ante los Tribunales. Su alcance es, en cierto sentido, menos intenso, pero en otro más extenso, que la impugnación jurisdiccional, toda vez que en las medidas preventivas, y concretamente en la información pública, cualquier tercero interesado, titular de intereses que no alcancen la categoría de derechos objetivos, puede manifestar su oposición, mientras que, por el contrario, su acceso a la impugnación jurisdiccional queda impedido en los casos normales por la ausencia de derecho subje-

(20) El expediente de información pública está establecido para las concesiones de aguas (art. 177 de la Ley de Aguas de 1875. R. O. de 21 de julio de 1925; Real Decreto de 9 de junio de 1925. O. de 27 de agosto de 1932). Saltos de agua (art. 3.º del R. D. de 16 de mayo de 1925. D. de 18 de junio de 1943). Lagunas insalubres (arts. 4.º y 5.º del R. D. de 2 de marzo de 1845). Obras públicas en general (arts. 125 y 127 del R. D. de 6 de julio de 1877). Instalación eléctrica aplicada a industrias mineras (Reglamento provisional de 30 de enero de 1903, art. 6.º). Instalaciones hidroeléctricas (art. 6.º del Decreto de 24 de septiembre de 1913). Sevidumbre de paso de energía eléctrica (art. 13 del Reglamento de 22 de marzo de 1911, art. 3.º de la Ley de 23 de marzo de 1900). Marismas (Ley de 24 de julio de 1928, art. 2.º, B).

tivo. El alcance y naturaleza de esta información pública está definido reiteradamente por la jurisprudencia: «La razón legal de la información pública en los expedientes de concesión y modificación de proyectos de concesión, estriba en que afectan a nuevos intereses, entendiéndose como tales a los que hagan relación a terceros» (S. de 31 de diciembre de 1932). «El expediente de información pública es un requisito inexcusable siempre que existan concesiones anteriores en la misma zona» (Ss. de 18 de enero de 1873 y 4 de mayo de 1897; R. D. S. de 19 de enero de 1878, S. de 26 de noviembre de 1930, S. de 2 de marzo de 1932 y D. de 30 de diciembre de 1941). «La información, primero, y la competencia, después, han de recaer esencial y precisamente sobre el objeto de la concesión (líneas y servicios propuestos por quien desee establecerlos), de donde se deduce que antes de procederse a la adjudicación entre diversos proponentes de proyectos presentados se impone necesariamente su detenido examen, para aquilatar si alguno de ellos, en vez de responder a la concesión de mejoras, beneficios, utilidades o ventajas sobre los que ofrezca la línea y el servicio proyectado, compitiendo con él, en el sentido usual de la palabra bajo el dictado de competencia, encierra verdad la sustitución total de aquéllos por otras líneas u otros servicios» (S. de 25 de febrero de 1930). Esta inmutabilidad del proyecto de la concesión, tanto para la información pública (oposición de intereses legítimos, aunque no sean derechos subjetivos), como para la competencia (oposición de intereses paralelos al del peticionario), estriba en la imposibilidad de alterar por parte del concesionario los datos esenciales del proyecto solicitado, tal como fué objeto de información pública, y que jurídicamente caracterizan la concesión solicitado (Ss. de 2 de marzo de 1932, 31 de diciembre de 1932, 15 de junio de 1879, 13 de diciembre de 1899, 28 de febrero de 1916). Hasta tal punto atribuye la Ley importancia a la protección de estos derechos debilitados o meros intereses, que la jurisprudencia ha establecido la nulidad del otorgamiento de la concesión cuando, habiéndose establecido como requisito previo la información pública, no se ha efectuado este trámite indispensable. «La falta de audiencia en toda concesión concurrente provoca la nulidad» (S. de 25 de febrero de 1936, concesión de aguas para energía eléctrica). «La falta de citación a los titulares de los yacimientos mineros colindantes, para concurrir si lo consideraban conveniente a la demarcación de una mina, constituye vicio sustancial del procedimiento, que implica su nulidad, por cuanto la dicha falta ha podido impedir a los interesados su comparecencia en el acto del reconocimiento del terreno, privándoles del derecho a hacer reclamación, observación o protesta» (S. de 14 de febrero de 1921). «Es nula la Real Orden que fija la cantidad que estima corresponde a un aprovechamiento de aguas para riego sin dar audiencia a los interesados y sin

publicidad alguna, a pesar de tener concedida la Administración otro aprovechamiento de las mismas aguas con anterioridad, y que, además, omite la extensión del terreno regable» (S. de 7 de octubre de 1921). «Es nula la concesión de aguas en cuyo otorgamiento se omite la audiencia de los opositores» (Ss. de 31 de mayo de 1914, 28 de marzo de 1922, 7 de mayo de 1918 y 7 de octubre de 1921). «La información pública y la audiencia a los posibles opositores, no sólo es necesaria para el otorgamiento inicial de la concesión, sino también para cualquier modificación solicitada por el concesionario de los elementos esenciales de la concesión» (S. de 17 de diciembre de 1919).

La justificación de la nulidad en el otorgamiento de concesión por omisión del trámite de audiencia e información pública, se justifica en la doctrina jurisprudencial, según la cual, «si bien en materia de concesiones es potestativo y de facultad discrecional de la Administración. el denegar las concesiones que se soliciten, por cuanto a ella incumbe y le está reservada la atribución de apreciar la utilidad y conveniencia de las peticiones de riego que se le sometan en relación con los intereses generales y el fomento de la producción de riqueza del país, no ocurre lo mismo cuando se trata de su otorgamiento, que se halla sujeto a normas que, siu menoscabo de tan primordiales fines, se dirigen a amparar los derechos anteriores que pudieran ser o estimarse lesionados, y así se explica, y no otro objeto y alcance tiene, la existencia de disposiciones como las atinentes a la información pública, equivalentes en la actuación gubernativa a un juicio contradictorio que ha de preceder forzosamente a la concesión, debiendo tenerse por notorio e incontrovertible, en tal virtud, que en cuanto al otorgamiento de las concesiones, no cabe el ejercicio de la potestad discrecional» (S. de 12 de diciembre de 1922). La nulidad como consecuencia se liga a la gravedad estimada de la infracción procesal (21).

(21) «El principio jurídico enunciado por el artículo 4.º del Código Civil, según el cual son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, se refiere a preceptos de este orden; no se aplica cuando en ellos se reconoce la validez del acto consumado al amparo de la infracción y no se ha reputado jamás extensivo a perturbaciones o incorrecciones en el orden procesal, que en definitiva, y por importantes que sean, prevalecen y prosperan si se consienten y no se protestan ni reclaman en tiempo oportuno» (S. de 29 de enero de 1915, concesión de minas). «Según la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en numerosas Sentencias, y especialmente consignada en la de 30 de abril de 1917, la nulidad de las resoluciones administrativas por infracción de las reglas procesales sólo puede decretarse en el caso de que sea una realidad de lesión de derechos en que el autor apoye su demanda y no cuando sean infracciones que ningún perjuicio puedan ocasionar» (Sentencia de 17 de noviembre de 1921). «Cuando los tales Reglamentos administrativos no declaren expresamente nulos los actos contrarios a sus preceptos, la apreciación de si el quebranto cometido entraña nulidad depende de la importancia que revista, del derecho a que afecte, de las derivaciones que motive, de la situación o posicio-

Otro método preventivo de los perjuicios de terceros o de las eventuales nulidades de concesión, lo constituye la determinación previa del objeto sobre que la misma concesión ha de recaer. A este sistema se refiere el aforo de las aguas públicas, originariamente realizado por filas de aguas en el siglo XVIII por la Junta de Comercio (S. de 13 de mayo de 1941). «Cuando existan otros aprovechamientos anteriores respecto de las mismas aguas, que se oponen a la nueva concesión alegando que les causa perjuicio evidente, es necesario de todo punto el aforo previo de las aguas, y la falta de este trámite provoca la nulidad de la concesión» (S. de 26 de diciembre de 1919; art. 190 de la Ley de Aguas). «Es nulo el expediente de concesión del aprovechamiento de aguas de un río si falta el cálculo del remanso por el solicitante, ya que ello es necesario para averiguar qué aprovechamiento concurrente da mayor importancia y utilidad» (S. de 2 de abril de 1918). «Con arreglo a la legislación y jurisprudencia mineras, es una de las condiciones esenciales de las designaciones del Registro aquella determinación del terreno que baste a su indentificación, ya que en relación a la minería no se adquieren derechos si se prescinde de la estricta observancia y puntual cumplimiento de la legislación del ramo» (S. de 18 de octubre de 1933).

Estos aforos o demarcaciones deben verificarse siempre con citación de los posibles opositores (S. de 29 de octubre de 1903). Un sistema paralelo de autotutela de la Administración, lo constituyen los Registros administrativos de concesiones (22) (Registros mineros, de aguas, etc.).

nes de los intereses en el expediente y, en fin, de cuantas circunstancias cualesquiera, que deberán apreciarse en su verdadero significado y alcance para invalidar las consecuencias de los actos o para mantenerlos» (S. de 6 de junio de 1916). En la doctrina, la apreciación de la nulidad por la mayor o menor apariencia de los efectos, ha sido también sostenida por ALCINDOR (*Essai d'une théorie des nullités en Droit administratif*, París, 1912, págs. 66 y 68); DE VALLES (*La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1917, págs. 17 y 21); MIELE (*La manifestazione di volontà del privato nel Diritto amministrativo*, Roma, 1931, pág. 71); ANDERSEN (*Ungültige Verwaltungsakte*, págs. 66 y ss.); HATSCHEK (*Lehrbuch des Deutschen und preussischen Verwaltungsrechts*, 7-8 ed., Leipzig, 1931, pág. 201). Sin embargo, esta doctrina, que se adecúa a las necesidades que el Derecho administrativo exige, revierte en un arbitrio puro y en la falta de seguridad que una justa doctrina de los límites de existencia de acto administrativo harían inútil. El sistema paralelo de ligar la nulidad o validez a la gravedad de los defectos es el seguido por W. JELLINEK: *Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen*, Tübingen, 1908, págs. 43-56 y ss. 103; KORMANN: *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, 1910, pág. 69 y ss.; FLEINER: *Les principes généraux du Droit administratif allemand*. Tr. de Lisenmann, París, 1933, 229); HERRNITT: *Gundlehre des Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1921, pág. 285 y ss.; GIESEL: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1948, pág. 95 y ss.

(22) Registro de aguas (R. D. de 12 de abril de 1901, R. O. de 12 de marzo de 1902, R. O. de 10 de septiembre de 1902, R. O. de 2 de enero de 1906, R. D. de 5 de septiembre de 1918, R. D.-Ley de 7 de enero de 1927, D. de 5 de mayo de 1941, D. de 7 de mayo de 1942, D. de 11 de junio de 1911, O. de 27 de julio de 1943, D. de 26 de octubre de 1945).

La eficacia de los Registros administrativos, como puramente preventivos y no constitutivos, se evidencia en el carácter irrecurrible de las resoluciones que denieguen la inscripción en los mismos (Ss. de 21 de diciembre de 1921, 17 de noviembre de 1917 y 7 de mayo de 1918).

Aparte de estos sistemas, existe una variadísima gama de disposiciones preventivas de la Administración en lo referente al poder reglamentario de los servicios públicos (23).

V.—EFICACIA OBJETIVA DE LA CONCESIÓN Y SUS LÍMITES

1.—*El daño al derecho de tercero.*

Por eficacia debe de entenderse la idoneidad del acto perfecto a la producción de los efectos jurídicos que le son propios, y a su vez, por efecto toda modificación que se opera en el mundo jurídico conforme al derecho, susceptible de ser hecha valer.

La concesión es, por su propia naturaleza, un acto administrativo de eficacia continuativa. La oposición de los terceros respecto a una concesión otorgada, mira a una doble vertiente; en primer término, a que mediante la concesión no se verifique una expropiación indirecta de su derecho, y en último lugar, a que tampoco su situación jurídica sea perturbada por la explotación de la concesión. Se puede verificar de este modo una ineficacia instantánea, en cuanto el otorgamiento concesional daña al derecho de terceros, y una ineficacia continuativa, propia ya de la concesión en la que el desarrollo del contenido de ésta dañe el desarrollo de otros derechos adquiridos. En el primer caso, se verifica una colisión, no de contenido de derechos, sino de los propios derechos, que son incompatibles, y en este sentido la cláusula se refiere al expresar que deja a salvo el derecho de propiedad. Al segundo sentido más bien debe conectarse la cláusula sin perjuicio de tercero. La operatividad de

(23) Por ejemplo, imposición a una Compañía de ferrocarriles de la reconstrucción de un muro para evitar que las aguas de un río ocasionen perjuicios para los colindantes (R. D. de 20 de junio de 1882); obligación de establecer frenos automáticos y continuos por el vacío, con el fin exclusivo de evitar accidentes y garantizar sólidamente la seguridad de los particulares (Ss. de 23 y 30 de octubre de 1903). No solamente en los servicios públicos se permite a la Administración establecer garantías para evitar los perjuicios a terceros, sino que también se les concede esa facultad en lo referente a las concesiones demaniales (Ss. de 6 de junio de 1899, 5 de junio de 1918, 18 de enero de 1922, 20 de febrero de 1924, 23 de noviembre de 1942). Se demuestra el carácter preventivo de tales medidas y su conexión al poder reglamentario de la Administración en la consecuencia de ser irrecurribles los actos administrativos que disponen tales medidas de cautela.

la cláusula es, pues, doble e impeditiva en el primer caso, de un despojo de derechos (*ademptio domini*) y en el segundo, un perjuicio al contenido de los derechos adquiridos de terceros (*Deminutio domini*).

2.—*La cláusula dejando a salvo el derecho de propiedad y el daño del derecho.*

La eficacia objetiva de la concesión puede quebar en el supuesto de que se otorgue por la Administración algo que no entra en sus facultades dispositivas, y ello puede acaecer por un doble motivo: o bien porque se trate de concesión de dominio público y falte el necesario presupuesto de eficacia de la disponibilidad del bien concedido, en cuyo caso la concesión podrá anularse por falta de objeto, o bien porque la Administración otorgue una concesión no ya de dominio, sino de servicio, que es incompatible con otra anteriormente concedida y vigente en la época del posterior otorgamiento. En los dos casos, se trata en realidad de falta de objeto. Sin embargo, las consecuencias de tal inexistencia de objeto disponible pueden, *prima facie*, parecer diferentes en ambos supuestos. Precisa, por ello, analizarlos con la debida distinción.

A.—*Nulidad de la concesión por falta de objeto.*

La Jurisprudencia y la doctrina han coincidido en afirmar que la concesión de dominio, supone en todo caso un derecho real transferido al concesionario, derecho real de rango y naturaleza administrativos concebido como resultante de la elasticidad del dominio público.

La Sentencia de 3 de octubre de 1883, ha definido en este sentido indirectamente la naturaleza real de la concesión de dominio: «El derecho a utilizar aguas para el riego de una finca constantemente o con intermitencias, nazca de la ley, del uso o de concesión especial definitiva, o de formales concordias, cuando esté determinado de manera precisa por cantidad o por tiempo de disfrute, tanto por su *adherencia a la tierra* que avalora, como por ser *perseguable* sin consideración a personas y recaer sobre cosa concreta, cual es el caudal de aguas que discurre por cauce natural o preparado durante el período señalado, constituye con todo rigor jurídico un *derecho real* cuya posesión o propiedad se reintegra o vindica por las propias vías que las demás cosas sujetas al dominio privado». Se establece, pues, con todo rigor el carácter de derecho real por la concurrencia de los dos elementos del tipo, que aun discutibles y discutidos hoy, han venido identificando la noción de dere-

cho real: Inmediatividad y erga omnes, o perseguibilidad. La Jurisprudencia ha insistido a otros supuestos en el carácter real de la concesión. Así respecto al dominio público concedido para Ferrocarriles (Sentencias de 6 de diciembre de 1911 y 29 de diciembre de 1925), tranvías (S. de 8 de julio de 1931), minas (S. de 17 de junio de 1950). En esta última Sentencia se dice que «la concesión en el orden administrativo es una resolución de la Administración, por lo que ésta, unilateral y discrecionalmente, otorga a una empresa individual o colectiva la explotación de una propiedad de su pertenencia o de un servicio de sus propios fines. La concesión de minas no supone para el concesionario la adquisición de unos bienes de dominio público, sino simplemente la explotación de ellos con fines concretos, mientras la Administración no los precise, y aunque ello puede conceptuarse, implica no sólo una posesión de hecho o mera pertenencia de la cosa, sino una *posesión de derecho con título administrativo* y que generaría acción interdictal contra despojo que no procediese de la Administración, matizando esta propia limitación como posesión *sui generis* o típica, derivada de su origen e índole esencialmente administrativos, que culmina en no ser transmisible por sí, sin la inherente e inseparable transmisibilidad de la propia concesión». También la doctrina ha configurado casi unánimemente la concesión de dominio, como un derecho real administrativo sobre el dominio público (24).

(24) HAURIU: *Précis de Droit administratif*, 12 ed., pág. 833; RICAUD: *Le Droit réel administratif*, tesis Toulouse; PEQUIGNOT: *Le contrat administratif*, Paris, 1948, pág. 551. En la jurisprudencia francesa han definido el carácter real de la concesión las decisiones del Conseil d'Etat de 25 de mayo de 1926, sobre los Chemins de Fer d'Orléans (D. 1928, 11-120); 10 junio 1910, sobre la Compagnie P. C. M. R. En contra se pronuncian BERTHELEMY: *Traité élémentaire de Droit administratif*, 13 ed., pág. 714, y R. BONNARD: *Précis élémentaire de Droit administratif*, 3.ª ed., página 732. En Italia también se configura la concesión de dominio como constitutiva de un derecho real administrativo. Así, UGO FORTI: *Diritto Amministrativo*, Napoli, 1947, II, 139; ZANOBINI, RANNELLETTI. En Alemania también se sigue la misma tendencia. En este sentido FORSTHOFF, SCHOEN, KOLLREUTER. En el primitivo Derecho administrativo francés se configuró específicamente la concesión de aprovechamiento de aguas como cesión constitutiva de una propiedad del Estado; por tanto, de dominio particular a favor del concesionario. En este sentido, WODON, BATBIE, DUFOUR, COTELLE y DUCROCQ. Es interesante esta observación, por cuanto nos muestra cómo a pesar de la confusión existente, la naturaleza de derecho real de la concesión de dominio no es una creación de la doctrina moderna. En España, en 1918, Niceto ALCALÁ ZAMORA suscribe también el mismo criterio de la realidad de la concesión (La concesión como contrato y como derecho real), definiéndola como la enajenación parcial limitada y revocable de cosas o derechos pertenecientes al dominio público para aprovechamientos determinados, que se subordinan a fines de interés general y se someten a la inspección de la autoridad (op. cit., pág. 9). La idea, con mengua de la exactitud, pero con ventajas de concisión, puede comprenderse en la transmisión parcial del dominio público. Esta idea la recoge FERNÁNDEZ DE VELASCO (*Naturaleza jurídica de la concesión*, «Revista de Derecho Privado», 1918), GASCÓN Y MARÍN, R. VILLANOVA, ALVAREZ GENDIN, etc.

Afirmándose la naturaleza real de la concesión, resulta evidente que el otorgamiento concesional sobre una cosa no disponible, tiene que viciar a la propia concesión, puesto que hace quebrar el elemento de inmediatidad del tipo legal, produciendo la ausencia de legitimación en el otorgamiento concesional. Como ha dicho BETTI (25), este requisito de la legitimación encuentra su fundamento en el contenido del negocio, o sea en el precepto de la autonomía de voluntad. En efecto, autonomía significa, según su concepto, que los individuos interesados puedan ordenar su cosa propia, regular como mejor estimen dentro del marco de sus relaciones los intereses propios, pero no invadir la esfera ajena y perjudicar a terceros. Sólo en el supuesto de la normal identidad del declarante con el interesado, es reconocida a la autonomía jurídica por el consenso social y el orden normativo una competencia dispositiva socialmente influyente y digna de tutela. La *ratio juris*, en este caso, se liga estrechamente a la capacidad de disponer y puede definirse como la cualidad de la Administración en cuanto potencialidad jurídica apreciable, respecto a lo que puede ser objeto de disposición de derechos e intereses determinados por una particular posición respecto de ellos; es decir, el hecho de que pertenecen por uno u otro vínculo jurídico a quien de ellos dispone, o están sujetos a su administración en virtud de una concesión de poderes. La importancia práctica del requisito de legitimación se manifiesta justamente en los negocios destinados a producir una adquisición derivativa; su ausencia hace que la adquisición proyectada no pueda tener lugar, según el principio general de que no puede transmitirse a otro lo que no se tiene o aquello de lo que no está permitido disponer. En estos supuestos falta, por lo tanto, el requisito de legitimación en la Administración, quedando viciado por ello el otorgamiento de la concesión. Interesa incidentalmente aclarar que la adquisición concesional tiene la naturaleza de adquisición derivativa, toda vez que ésta queda definida de modo general como la verificada en los casos en que una persona ocupa el puesto de otra, respecto a un cierto interés que el derecho protege. En el caso concreto de la concesión administrativa, se verifica una transmisión de funciones, tal como más arriba queda indicado, y ello lleva por consecuencia la calificación de adquisición derivativa (26), con el adjetivo de adquisición cooptativa, por cuanto al mismo tiempo se verifica un desprendimiento de facultades o funciones que implícitamente estaban comprendidas en el

(25) *Teoría del negocio jurídico*. Madrid. Ed. de la Rev. de Derecho Privado, 1949, 273. Cfr., además, RENATO SCOGNAMIGLIO: *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Jovene, Nápoles, 1950.

(26) BETTI, op. cit., pág. 26.

derecho de la Administración concedente, aun cuando sean por su naturaleza de rango distinto.

Toda adquisición derivativa sólo está en principio justificada por una relación con el precedente titular del derecho o con quien goza de la facultad de disponer de él, y por ello la existencia del derecho precedente a disponer constituye en sí el presupuesto y fundamento necesario del derecho adquirido. Este se halla ligado al derecho preexistente por un nexo de derivación, de donde toma el nombre de adquisición derivativa. Por consiguiente, la existencia, la medida en extensión y en intensidad y las modalidades del derecho adquirido, deben estimarse en función al derecho originario. Esencial a la adquisición derivativa es, no tanto la contemporaneidad de la adquisición y la pérdida o la limitación del derecho en cuanto al titular concedente, como el nexo general en virtud del cual la adquisición deriva de la pérdida y de la limitación, y no contrario (27).

Con el requisito de la legitimación, consustancial a todo negocio jurídico, dispositivo, se viene a exigir que la Administración tenga facultad de disponer respecto al bien o al servicio concedido, y esta falta de legitimación puede acaecer, bien porque erróneamente se conceda el dominio privado, como siendo demanial o viceversa, o bien porque, en los casos de concesión de servicios, se otorgue concesión ya anteriormente otorgada y con vigencia absoluta. Es conveniente examinar estos supuestos con la necesaria separación, tal como se han planteado en la Jurisprudencia.

- a) *Falta de legitimación por versar la concesión sobre el dominio privado.*

En este punto es unánime la Jurisprudencia al afirmar la nulidad de tales concesiones: «La concesión de aprovechamientos de caza en terrenos que pertenecen al dominio particular, es nula» (S. de 21 de

(27) BETTI, op. cit., pág. 23. Se aplica aquí estrictamente el principio romano «Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse haberet» (Digesto, 50, 1745; Digesto, 41, 120, párrafo primero; Digesto, 19, 1 11, 2; Digesto 18, 1, 67). La concepción romana, en realidad, no es la de que el derecho subjetivo se desprende del precedente título, al ser transferido a otro. Para ella, lo que permanece único e idéntico no es la relación jurídica en que el Derecho se expresa, sino la cosa que forma su objeto. Se tiene transmisión en ésta y no subrogación en la relación. Es como si el derecho se creara ex novo en la persona del adquirente por virtud de su iniciativa, que la cooperación del enajenamiento viene a hacer posible y a justificar.» Es interesante resaltar esta idea romana, por cuanto es quizá la que más se ajuste al supuesto que plantean las concesiones administrativas con falta de objeto disponible.

enero de 1942). «Es nulo el Registro minero para carbón y gases naturales si desconoce los derechos de propiedad del dueño de los terrenos» (S. de 29 de abril de 1925). «Los Ayuntamientos no pueden limitar el derecho de los particulares a cazar en sus fincas libremente mediante el arriendo de la caza en todo el término municipal, a tercero» (S. de 5 de mayo de 1923). «La resolución administrativa que concede un aprovechamiento de aguas pertenecientes al dominio privado, es nula y compete a los Tribunales de orden civil el conocimiento de las cuestiones relativas al dominio de las aguas públicas y al dominio y posesión de las privadas, no correspondiendo al conocimiento de los Tribunales de lo Contencioso-administrativo las cuestiones de índole civil ni las que por su naturaleza estén atribuidas a otras jurisdicciones, por lo cual, no atemperándose a estas disposiciones, las resoluciones administrativas, procede su nulidad por abuso de poder o exceso de atribuciones, siendo un principio de derecho establecido en la Constitución que nadie puede ser privado de la posesión sin ser vencido en el juicio correspondiente ante los Tribunales ordinarios» (S. de 11 de febrero de 1916). Pero «la impugnación de una concesión de aguas fundada en que las concedidas son de dominio privado, no puede hacerse ante los Tribunales ordinarios» (Ss. de 25 de abril de 1925, 30 de abril de 1934, 24 de noviembre de 1938, 8 de octubre de 1941 y 15 de octubre de 1946).

b) *Ineficacia de la concesión demanial por anterior concesión con el mismo objeto.*

También éste es un supuesto de falta de legitimación que produce la ineficacia de la concesión. «Otorgándose toda concesión de aguas sin perjuicio de tercero, según lo que dispone el art. 150 de la Ley de Aguas, únicamente fundándose y probando que el aprovechamiento en cuestión perjudica un derecho preexistente, puede tenerse acción para impugnar en vía contenciosa la posterior concesión» (S. de 2 de junio de 1914). «Mientras no sobrevenga la declaración de caducidad, no se puede pedir fructuosamente lo que ya está concedido (aguas), ni la Administración tiene facultad para hacer una concesión sobre igual cosa y en los propios términos que la antes otorgada y no caducada» (Sentencia de 19 de abril de 1951). «No puede otorgarse concesión de minas y ninguna sustancia de la Sección B) en terrenos donde ya exista otra concesión para explotar sustancias de esta sección» (art. 102 del Reglamento de Minas, aprobado por D. de 9 de agosto de 1946). La Jurisprudencia en relación a la concesión minera ha repetido también la necesidad de que exista terreno franco y registrable para hacer la demarcación, como presupuesto para la propia concesión (R. O. de 15 de

noviembre de 1875, Ss. 30 de diciembre de 1895, 7 de diciembre de 1897, 2 y 11 de junio de 1900, 26 de marzo y 8 de abril de 1901, R. O. de 25 de febrero de 1890, Ss. de 7 de marzo y 7 de junio de 1921 y 29 de abril de 1925). «Si bien no puede hacerse ninguna concesión de pertenencia minera al no estar demostrada la existencia de terrenos francos y registrables, cuando, a pesar de esa prescripción legal y vulnerándola, la concesión se hace, no puede ofrecer reparos su nulidad como engendrada por un error que la Administración padeció al dar a otro lo que ya no era suyo, sin que el lapso de tiempo que transcurra, por largo que sea, pueda convalidarla, dado el vicio inicial que lleva en sí, y además porque quedaría infringido uno de los principios fundamentales en que descansa la legislación minera, cual es el de la seguridad en el dominio concedida a particulares por la Administración, mientras se pague el canon, si prevaleciera el derecho de quien solicitó la concesión en la errónea creencia de que existían terrenos libres para otorgarla, revelada al efectuar el deslinde de las concesiones con las limitofes, debiendo resolverse en todo caso esta colisión de derechos, aplicando el principio general de que el primero en tiempo es mejor en derecho» (S. de 2 de marzo de 1928).

«Estando subsistente una concesión de playa, con destino a instalación de balneario, no puede la Administración realizar otras nuevas con el propio objeto, mientras no declare la caducidad, siquiera sea en parte de la correspondiente al trozo de playa otorgado, fijando el espacio libre disponible, sin perjuicio del aprovechamiento que le pertenece al primer concesionario» (S. de 2 de diciembre de 1915, art. 73 del Reglamento de 11 de julio de 1912). Sin embargo, «si no se justifica la anterior posesión, al mismo tiempo del otorgamiento, no cabe proceder a la nulidad de la concesión» (S. de 5 de diciembre de 1906). HAURIOU centra exclusivamente en estos supuestos la eficacia de la cláusula sin perjuicio de tercero: «En principio, una segunda concesión no revoca la primera hecha a otro» (28). En los casos de concesión de aprovechamientos de aguas públicas se trata también de falta de legitimación e inexistencia de objeto concebible, más bien que de incompatibilidad, toda vez que, según ha dicho el R. D. C. de 10 de octubre de 1918, tratándose de aguas públicas, su posesión es por su naturaleza inseparable de su uso y aprovechamiento.

(28) *Précis de Droit administratif et de Droit public*. 1927. Paris, pág. 720, citando decisión del Conseil d'Etat de 26 de enero de 1912. Locq, sobre la cláusula *Sous réserve des droits des tiérs*.

c) *El despojo futuro para concesión de dominio.*

En una multitud de supuestos, la legislación administrativa, admite la posibilidad de expropiar el dominio privado para constituir posteriormente objeto de concesión administrativa. En este sentido, por ejemplo, el R. D.-L. de 7 de enero de 1927, núm. 33, según el cual, en las concesiones de aguas privadas, en que por no ser aprovechadas por los dueños de los terrenos, se atribuye a la Administración la facultad de equipararlas a las de carácter público para los efectos de su concesión a particulares, se trata de una expropiación indirecta (S. de 8 de mayo de 1944); sin embargo, es nula también la concesión en estos casos cuando no se ha cumplido previamente la transferencia al dominio público cuando este es objeto esencial y no accesorio de la concesión. Esta afirmación se hace patente en lo relativo a las concesiones de minas sobre terrenos objeto de anteriores concesiones en trámite de caducidad. En este caso sólo tiene efectiva facultad de disposición la Administración cuando la declaración de caducidad se produzca (Ss. de 4 de julio de 1923, 7 de mayo de 1932, 4 de junio de 1930, 11 de marzo de 1926, 7 de enero de 1926 y 19 de abril de 1926). También la Administración tiene la facultad de rehabilitar una concesión anteriormente caducada, y en este caso limita así su facultad de disposición para ulteriores concesiones.

d) *Las mutaciones demaniales (29).*

Como principio general del Derecho administrativo se ha venido entendiendo que las disposiciones sobre dominio público necesitan ser de todo punto expresas para que limiten la facultad de la Administración sobre aquél. En este sentido, la Sentencia de 26 de junio de 1924 determina que «la concesión para dragar un canal con la limitación de que el concesionario no podrá usar de un tramo que quedaba al libre uso y servicio público, no hace concesión alguna respecto al dominio y canal, ni entrega al dominio del concesionario lo que por ministerio de la Ley pertenecía al Estado y al uso público, ya que determinaciones de esta importancia que suponen la cesión del dominio público, han de hacerse, por lo menos, de un modo expreso y terminante, sin que pueda, en virtud de hipótesis y deducciones presumirse que se hizo tal concesión que no aparece explícita».

(29) Marcel WALINE: *Les mutations domaniales*. París, tesis, 1925.

Esta tesis parte implícitamente del supuesto de la inalienabilidad del dominio público, mantenida en el R. D. C. de 28 de junio de 1884, y basado en el principio de que tal dominio está confiado a la Administración, en cuanto titular de los intereses públicos, sin que, por tanto, se posean dichos bienes a título de dueño (S. de 13 de enero de 1908). Se rechaza de este modo la tesis de la indisponibilidad, ligada a la domanialidad privada y configurada como situación de hecho, enfrentada a la situación de derecho que constituye la inalienabilidad. René CAPITANT expone la tesis de la indisponibilidad diciendo que «todos los actos compatibles con la afectación del dominio son posibles y producen sus efectos, incluso aunque constituyan derechos reales sobre el dominio público». Esta posición, sostenible en el derecho inglés —en que los particulares pueden comprar libremente puentes, carreteras, etcétera, respetando la afectación al público—, es insostenible en nuestro Derecho.

Rige en nuestra normativa el contrario principio de la inalienabilidad, que como ha dicho WALINE no implica otra cosa que la determinación de que todo acto jurídico que verse sobre el dominio será nulo si no es precedido de una formalidad constatando oficialmente que el bien de que se trata no es necesario a los fines de la Administración y queda por ello desafectado.

La operación de la desafectación puede versar sobre tres hipótesis distintas: que la competencia para desafectar pertenezca a autoridad administrativa diferente de la competente para enajenar o conceder; que coincidan ambas competencias; que pueda entenderse implícitamente contenida la desafectación en la venta del dominio.

Llegamos con ello a la teoría de las mutaciones demaniales. Bajo esta rúbrica se entienden cosas diferentes, que importa delimitar. WALINE emplea el término aplicándolo a todos los casos en que una Administración atribuye a uno de sus servicios un bien del que no es propietaria o que se encuentra ya afectado, sea a un servicio público o al uso general. En el mismo sentido emplean el término BONNARD y ALBERT. DUVERGER designa con esta expresión un procedimiento particular de técnica jurídica, por medio del cual el Estado puede modificar la afectación de un bien de dominio público comunal sin despojar de la propiedad al Municipio.

En ambas posturas, la conclusión es la afirmativa de tal posibilidad, basada bien en el derecho de soberanía o superintendencia que afecta al Estado (arrêt Chemin de fer d'Orléans, de 1897), por una servidumbre de interés del público (Conclusiones de Tessier, en el arrêt de Ville de París, de 1909), o bien de una servidumbre de interés general (Rivet), o, por último, a virtud de un poder general de control (Duverger)

En lo que a nuestros concretos fines importa, precisa destacar cómo

la mutación demanial implica una posible afectación por quien no es titular del dominio público. Este supuesto lo ha contemplado indirectamente la Sentencia de 17 de junio de 1890, al determinar que «la resolución que ordena destruir una vía férrea, establecida sin autorización, no infliere agravio al Ayuntamiento de la localidad por donde pasa, aun cuando se declare en ella de dominio público los terrenos atravesados por los carriles» (30). Afirmada la vigencia del principio en nuestro Derecho es necesario delimitarlo en su concreta aplicabilidad. La Sentencia citada de 26 de junio de 1924, en este epígrafe, manifiesta claramente la imposibilidad de reunirse en el mismo acto concesión y afectación, determinando la necesidad de un acto explícito para que tal afectación se entienda realizada. De otro lado, la mutación demanial es inaplicable cuando se trata de pasar de una afectación interna (derivada de los derechos administrativos sobre propiedad) a una afectación externa (conectada con el servicio público o la concesión de interés general). Tal paso de afectación interna a externa implica siempre necesariamente la necesidad de acto explícito que reúna las solemnidades requeridas para revocar una afectación interna. En este sentido, «es nula la concesión minera cuando la mina registrada ocupa en gran parte el perímetro de una laguna que el Estado viene poseyendo desde antiguo en concepto de dueño, y su explotación no puede ceder en detrimento de dicha laguna, que sólo puede enajenarse en pública subasta, única forma de transmisión de los expresados bienes al dominio privado, y que no puede sustituirse por los trámites de una simple concesión minera» (Ss. de 29 de noviembre de 1892, 7 de abril de 1897 y 24 de febrero de 1920). La nulidad de la concesión se produce por la falta de legitimación de la Administración concedente, en cuanto al otorgamiento, por la incistencia de objeto disponible, ya que la desafectación debió ser explícita y pronunciada por autoridad competente, distinta de la concedente.

En estos casos de imposible mutación, la Administración tiene acción de oficio para reivindicar el dominio usurpado a través de la mutación (RR. OO. de 9 de febrero de 1876, de 10 de mayo de 1884, Sentencias de 28 de enero de 1888, 25 de mayo de 1912, 9 de octubre de 1922, 4 de mayo de 1923 y 12 de junio de 1923) (31).

(30) Cfr. sobre el tema, además, MAURICE DUVERGER: *L'affectation des immeubles domaniaux aux services publics. Traité théorique et pratique*. París, 1941. Sobre las mutaciones demaniales, cfr. las notas de ALIBERT, et s. 1. 3, 1939; HAURIU, 1909-3-97 y 1925-3-17; MATTER, sobre *Cassations*, 10 enero 1923; GAZ DU PALAIS, 1923-1460; MICHEL, sobre *Conseil d'Etat*, 13 enero 1933, D. 1934-3-14; RIVET, S. 1925-3-63, y «Rev. Droit Public», 1925, pág. 274; SARFUT CAN, 20 diciembre 1927, D. 1899-1-257; TAPPÉ, sobre *Arrêt Ville de Paris*, 18 enero 1883, y TESSIER, sobre la misma.

(31) ZANOBINI, op. cit., 1, pág. 256.

La mutación indebida, por suponer un paso de la afectación interna a la externa, provoca la imposibilidad de consolidar por prescripción o por transcurso de plazos procesales, el despojo del dominio público. Así, como ha dicho la Sentencia de 28 de febrero de 1903, «la Administración tiene facultades para anular la concesión de una mina cuyos terrenos no eran francos ni registrables y otorgar con perjuicio del Estado, al que corresponden, pertenencias colindantes; el tiempo transcurrido en el disfrute de minas del Estado no obsta a la declaración de nulidad de la concesión, hecha en las expresadas condiciones, ya que los derechos del Estado sobre su propiedad no son susceptibles de prescripción ni de caducidad y los vicios de origen no los convalida el tiempo» (32). La posibilidad de esta acción de oficio implica la incompetencia de los Tribunales ordinarios para conocer de demandas en que se pretenda la declaración de reversión y nulidad de unas ventas de bienes afectados a reversión «por referirse la cuestión a los efectos y alcance del cumplimiento de un contrato en el que se cedió el servicio público» (S. de 17 de diciembre de 1927).

De este modo se sienta el principio de la imposibilidad de que un bien sometido a afectación interna, conectado con prerrogativas del derecho de propiedad de la Administración sobre sus bienes, pase, sin previa desafección, a estar sometido a una afectación externa, conectada con la idea concesional.

De otro lado, la concesión queda también viciada, cuando la afectación implique un despojo parcial de la dominialidad de la Administración, otorgando en lugar de una concesión de dominio restringido una propiedad con afectación superior en grado.

Así, la mutación demanial puede producirse también de manera puramente parcial, por ejemplo, cuando determinadas concesiones con término máximo fijado en la Ley, se otorgan a perpetuidad. En este caso la Sentencia de 29 de septiembre de 1923 se pronunció en el sentido de que «si la concesión se hizo a perpetuidad en contra de lo dispuesto en la Ley, procede mantener la concesión declarando lesiva la cláusula de duración y ajustándola a lo preceptuado legalmente, pero sin anular el resto de la concesión». La conclusión parece basarse en la existencia de buena fe por parte del concesionario, toda vez que en pura lógica jurídica procedería no la aplicación del principio *utile per inutile non viciatur*, sino el principio contrario de la indivisibi-

(32) Este problema podría plantearse también no sólo a las minas ya declaradas del Estado, sino a las llamadas reservas mineras, a las que se refiere el R. D. de 14 de noviembre de 1919, Ley de 24 de junio de 1941, Ss. de 22 de enero de 1951, 25 de enero de 1950, etc. Véase sobre este tema el trabajo de BALUBE sobre las reservas dominicales, en el núm. 4 de esta REVISTA, y en el núm. 1, *Naturaleza jurídica de la concesión minera*.

lidad de la concesión en cuanto acto administrativo, tal como la resolución de 14 de diciembre de 1929 concretó al determinar que «las concesiones administrativas..., ya se reputen como verdaderos privilegios emanados de la pública potestad, o como actos administrativos de naturaleza especial, o como contratos que trascienden a la esfera del Derecho civil, forman con las obras y construcciones efectuadas para su utilización, una entidad jurídica inescindible».

e) *Las consecuencias legales de la falta de legitimación.*

Las consecuencias de la inexistencia del objeto disponible; tanto si se trata de propiedad particular erróneamente tomada por dominio público, como de inexistencia de disponibilidad, por la presencia de anteriores concesiones sobre el mismo objeto, es la nulidad de la concesión. Sin embargo, la doctrina diverge al calificar los motivos y la propia naturaleza de esta nulidad. Se habla por un sector de la doctrina de inexistencia del acto (33). Sin embargo, esta inexistencia sólo podrá darse de hecho en aquellos supuestos en que no tuviera presencia física el objeto concedido, ya que en el caso normal de indisponibilidad de este objeto de la concesión, se trata más bien de una inidoneidad del elemento pasivo del acto administrativo, puesto que de suyo, como ha dicho SANDULLI, cualquier parte del mundo exterior puede ser objeto del acto administrativo. De otro lado, la absoluta irrelevancia que caracteriza la inexistencia, no se da en los casos de nulidad de la concesión por falta de objeto, en que no existe una ineficacia intrínseca que pueda prescindir de una impugnación en vía jurisdiccional. Es cierto que doctrinalmente puede configurarse como inexistencia en el sentido de que esta noción jurídica se refiere a los defectos de alguno de los elementos del supuesto de hecho, en tanto que la invalidez con su gama de modalidades, se refiere más bien al valor de estos elementos en el supuesto de su existencia.

Se ha tratado generalmente este complejo problema mediante una construcción puramente lógica, frente a la cual hay que plantear la necesidad de una renuncia a todo este aparato categorial construido, partiendo, por el contrario, como ha dicho FORSTHOFF, de un punto de vista meramente

(33) Así, ANDERSEN: *Ungültige Verwaltungsakte mit besonderer Berücksichtigung der Ungültigkeitsgründe*, pág. 101; HERRNRITT: *Grundlehren des Verwaltungsrechts*, Wien, 1929, pág. 161; GIESE: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, pág. 94; MEUCCI: *Istituzioni di Diritto amministrativo*, I, pág. 313; WALTER JELLINEK: *Verwaltungsrecht*; KORMANN: *Das rechtsgeschäftliche Verwaltungsakt*, pág. 247; FORTI: *Diritto amministrativo*, II, pág. 230; VITTA: *Diritto amministrativo*, I, pág. 423; ZANOBINI: *Corso*, I, pág. 237.

teleológico (34). El punto de partida debe de ser el principio general de que, incluso el acto administrativo viciado, es válido en la duda, existiendo una presunción de su legitimidad (35). De hecho, la Jurisprudencia civil ha distinguido los conceptos de inexistencia y anulabilidad (S. de 29 de diciembre de 1942), partiendo del principio de que la inexistencia se tipifica por la carencia de los requisitos indispensables para su formación, en tanto que la nulidad relativa es la mera existencia de un vicio o defecto que puede ser sustentáculo de una acción de nulidad susceptible de pronunciarse o no. La acción para declarar la inexistencia es en el Derecho común perpetua (S. de 9 de enero de 1933), en tanto que la acción de nulidad tiene un plazo preclusivo trazado por la Ley.

En el Derecho administrativo el caso normal es justamente lo contrario; el principio de la apariencia y seguridad jurídica asume el máximo valor jurídico hasta el punto de que a su través, el acto nulo puede en la práctica producir derechos y obligaciones con cargo al destinatario, a virtud del principio positivo de la conservación de los valores jurídicos, por lo cual el acto inexistente sale de la esfera de la nulidad absoluta para entrar en la de la simple anulabilidad (36). En este sentido, como ha dicho la Sentencia de 31 de diciembre de 1902, «es irrevocable la concesión minera obtenida sin protestas ni reclamación de nadie, aunque recaiga sobre el terreno de otra anterior, cuando el dueño de éste lo consintió». Una única posibilidad se da para que la inexistencia prevalezca sobre el principio de preclusión de los plazos, la de que actuando la Administración de oficio (por ejemplo, en los casos de minas, art. 103, Reglamento de 9 de agosto de 1946) declare la nulidad de la posterior concesión por falta de objeto, en cuyo caso puede rehabilitarse el plazo (S. de 2 de marzo de 1928) sin que se trate en este supuesto de una verdadera rehabilitación de plazos caducados, sino más bien de una posibilidad de hacer efectivo por la acción ejecutoria el principio de la imprescriptibilidad de la acción de inexistencia. En este sentido debe interpretarse la Sentencia dictada de 2 de marzo de 1928. Del mismo modo, los casos de mutaciones demaniales tampoco están sujetos al transcurso de plazos, puesto que el nacimiento del cómputo de tales plazos comienza en el momento de la acción de oficio, y justamente este es el sentido en que han de tenerse en cuenta

(34) FORSTHOFF, *op. cit.*, pág. 173. «Dass er eine Zwecksschoepfung sei, welche nicht mit den Mitteln einer im Abstrakten verbleibenden Logik sonder nur auf dem Boden der praktischen Beduerfnisse und der Belehrung durch die Empirie begriffen und wissenschaftlich bewaeltig werden koennen».

(35) Auch der fehlerhafte Verwaltungsakt ist im Zweifel gueltig. Fuer die Gueltigkeit spricht die Vermutung,

(36) Cfr. KEISEN: *Garantie jurisdictionnelle*, pág. 247.

las Sentencias anteriormente citadas sobre el tema (37). Empero, normalmente, la *inutilitas negotii*, que en pura lógica jurídica debe ser consecuencia de la falta de objeto (38), quiebra por la prevalencia del principio de fatalidad de los plazos procesales, cuando la concesión no se impugne en tiempo y forma (39). En definitiva, la naturaleza de la falta de objeto en la concesión se traduce en realidad en un vicio interno del supuesto de hecho por la imposibilidad real o jurídica sanable por el transcurso del tiempo cuando es consentido.

B.—Nulidad por incompatibilidad concesional.

Aparte de la nulidad por falta de objeto, puede provocar la ineficacia objetiva de la concesión, de modo paralelo, la incompatibilidad de la misma con anteriores concesiones y también la falta de disponibilidad del objeto concesional por pacto expreso que impida a la Administración otorgar nuevas concesiones. Es decir, dentro de este epígrafe de causas que provocan la ineficacia concesional caen dos supuestos distintos: la propia incompatibilidad con anteriores concesiones regidas por el principio *qui prior est tempore potius est jure* y los supuestos de concesión con monopolio. Convendrá examinar ambos supuestos:

Como ha dicho LEVI, una radical diferencia entre el concepto de autorización y el de concesión, es justamente que en el primer caso, la posibilidad de su otorgamiento es limitada, sin que se menoscabe su naturaleza por indefinidos otorgamientos, en tanto que en la concesión su ejercicio es de suyo limitado por razones contingentes o sustancia-

(37) La nulidad absoluta de los contratos sobre Res sacra o religiosa, fué afirmada ya en el Derecho romano. Cfr. Q. LONGO: *La Res extra commercium et l'azione di damni nei contratti di vendita nulli*, en «Studi in onore di P. Bonfante», III, página 365; PAPI, 24 quest., D. L. 17 de diciembre, reg. ant., 76; PAULO, sent. 1. 21, 7; D. XLIV, 5 p.; D. XLV, 1, 83; D. XVIII, 1, 62; D. XVIII, 1, 77; D. XI 7, 8, 1; D. XLI, 7, 30; D. VIII, 4, 4.

(38) RAGGI: *Ancora sull'invalidità degli atti amministrativi. Scritti giuridici in onore de S. Romano*, II, pág. 37 y ss.

(39) Parte de la doctrina ha concebido estos supuestos como casos de deficiencia del poder por defecto de las circunstancias en que actúa la Administración cuando desarrolla su fuerza operativa respecto a objetos diversos atribuidos a su poder. Por ejemplo, ALDO SANDULLI: *Per la delimitazione del vizio di incompetenza degli atti amministrativi*, en la «Rassegna di Diritto Pubblico», marzo 1948, pág. 113. La Sentencia de 11 de febrero de 1916 habla de estos casos de abuso de poder o exceso de atribuciones. DE VALLES la considera como un supuesto de incompetencia formal. En relación al principio de conservación de los valores jurídicos convenidos, se puede aducir otro caso en que la normativa ofrece un cauce para su aplicación; por ejemplo, las concesiones de aguas (S. de 23 de noviembre de 1922).

les a un número indeterminado pero ciertamente existente. Los antiguos privilegios de señorío (caza, pesca, hornos, fábricas, aguas, montes, pastos, posadas, etc.), se agrupaban bajo la rúbrica de *privilegios exclusivos, efectivos y privativos*, haciendo justamente alusión al carácter excluyente y limitado de las concesiones:

a) *Incompatibilidad con anteriores concesiones otorgadas.*

El principio general de la conservación del estado posesorio, influye hasta tal punto en la normativa concesional, que llega a producir la nulidad de concesiones otorgadas para el mismo objeto sobre que versan concesiones anteriores. En definitiva, es un caso de colisión de derechos que se resuelve sobre el fundamento de aquel principio, por la regla general de que quien es el primero en el tiempo es mejor en el derecho. Este principio de prioridad alcanza no solamente a las concesiones definitivas, sino también en muchos supuestos a las mismas solicitudes de concesión, atribuyéndose de este modo lo que es excepcional dentro de la sistemática administrativa: un derecho a recurrir a favor de quien es mero solicitante. Así sucede, por ejemplo, en materia de minas (R. D. C. 30 de diciembre de 1883, S. de 30 de junio de 1898, Auto de 30 de abril de 1903, Ss. de 13 de noviembre de 1908, 2 de julio de 1913, 29 de enero de 1915, 30 de noviembre de 1915, 29 de marzo de 1916; 6 de junio de 1916, 15 de diciembre de 1917, 18 de marzo de 1918, 26 de junio de 1919, 16 de mayo de 1920, 7 de junio de 1923, 9 de junio de 1947 y 23 de mayo de 1950). Esta atribución excepcional de protección y tutela a la mera solicitud de concesión se basa en el principio de que «la propiedad minera tiene su origen en la solicitud de concesión de la mina, y no en el otorgamiento del título» (S. de 14 de octubre de 1904). Como ha dicho la Sentencia de 11 de mayo de 1920 «es principio general en materia de minería, revelador de todo un sistema que la prioridad de las solicitudes, determina la del derecho a obtener la concesión objeto de ellas». Por aplicación de este mismo principio, en los casos en que la Administración debía atribuir demasías o deba proceder a rectificaciones, tiene derecho prepotente el concesionario anterior (Ss. de 26 de noviembre, 7 de diciembre y de 9 de junio de 1947). En otras materias, por ejemplo, en puertos y aguas, la prioridad conserva su vigencia también en los supuestos de solicitudes concurrentes, pero limitadas al caso en que el interés público que ofrezcan los proyectos sea idéntico (art. 96 del Reglamento de Puertos de 1928 y Ss. en materia de Aguas de 10 de febrero de 1894, de 23 de junio de 1898, 5 de mayo de 1900, 22 de

febrero de 1913, 27 de octubre de 1911, 2 de abril de 1918, D. de 2 de diciembre de 1946).

El hecho de existir concesión sobre el mismo objeto, no implica de suyo la incompatibilidad (Ss. de 19 de noviembre de 1919, 24 de octubre de 1901, 30 de diciembre de 1904, 28 de enero de 1905, 3 de abril de 1944 y 30 de junio de 1944). Esta incompatibilidad no se presume en las concesiones de servicios públicos; por el mismo principio que más adelante se examinará de la presunción de no monopolio en las mismas; por ello «la resolución que otorga la concesión de un servicio de automóviles para el transporte de viajeros por una carretera, no es impugnabile, porque la concesión de un servicio público representa por parte de la Administración, el ejercicio de una facultad discrecional que señaladamente le compete» (S. de 20 de junio de 1907).

En general, la incompatibilidad no es apreciable sino en aquellos supuestos en que, aun tratándose de concesiones de servicios públicos la explotación de la segunda concesión, impida con toda evidencia el desarrollo de la primera. De hecho, la nulidad sobrevenida para los supuestos de incompatibilidad y al mismo tiempo la expresión de que la Administración no tiene facultades para otorgar ulteriores concesiones incompatibles con anteriores subsistentes, ha sido recogida también por la propia normativa (40).

La Jurisprudencia se ha pronunciado reiteradamente sobre la nulidad sobrevenida a consecuencia de incompatibilidad: procede la vía contencioso contra la autorización concedida a una Empresa de ferrocarriles para establecer pasos a nivel en el caso de que otra Compañía ferroviaria alegue derechos para impedirlo (R. O. de 29 de noviembre de 1878). «Sólo se autorizará la concesión de nuevos aprovechamientos en el caso de ser limitados los anteriores y de que no perjudiquen la existencia ni la extensión de éstos» (Ss. de 30 de noviembre de 1899 y 20 de abril de 1943). «Un aprovechamiento concedido sin perjuicio de tercero no puede ser contrariado por una antigua donación, contenida en una carta puebla, como cuestión administrativa, porque «la carta puebla... no puede revestir carácter administrativo, sino el de una donación político-jurídica propia de la época en que otorgó» (S. de 21 de enero de 1911). «La jurisdicción contenciosa es incompetente para conocer de la demanda establecida contra una R. O. que dispuso la cesación de una concesión de terrenos para baños, incompatible con otra de construcción de astilleros otorgada con posteriori-

(40) R. O. de 14 de junio de 1924, sobre concesión de estaciones radioeléctricas; artículo 12: «Estas concesiones sólo se harán en los casos en que no se opongan a otras anteriores concedidas por el Estado.» R. D.-Ley de 25 de abril de 1928 sobre explotación de manantiales de aguas minero-medicinales (art. 10, sobre incompatibilidad en supuesto de colisión de distintos derechos).

dad, obligando al concesionario de la segunda a indemnizar al propietario de la primera por falta de derecho administrativo vulnerado» (S. de 26 de junio de 1918). «Es improcedente la concesión de aprovechamientos de aguas para riegos si lesiona derechos adquiridos por los regantes de aguas abajo» (S. de 8 de febrero de 1930). «Los derechos adquiridos por heredamiento de aguas, no fueron adquiridos a virtud de tolerancia de la Administración, nota característica de los aprovechamientos de aguas públicas adquiridos a virtud de título civil, sino que, por el contrario, participan de la naturaleza de la concesión administrativa, como los aprovechamientos especiales que requieren concesión, porque, según S. de 20 de diciembre de 1912, la obligación de constituirse en comunidad aprobada por el Gobierno, con recursos, etcétera, lleva implícito el reconocimiento de derechos de carácter administrativo nacidos en muy remotas fechas por concesión del Poder público aunque no siempre conste el modo o forma en que ésta se se obtuvo, porque así se ha reconocido por R. O. de 20 de noviembre de 1852» (Ss. de 20 de diciembre de 1913 y 21 de febrero de 1917). «Procede anular la concesión si se perjudica e impide otra anterior» (Ss. de 6 de junio de 1907, 22 de abril de 1910 y 22 de diciembre de 1918).

«Al disponer el art. 150 que toda concesión de aprovechamiento de aguas públicas se entenderá hecha sin perjuicio de tercero, quedando a salvo los derechos particulares, no quiso dejarla expuesta a eventuales mermas de su eficacia, por causa de derechos que pudieran crearse en lo sucesivo, sino que el acto de otorgamiento habrá de entenderse subordinando al respeto de todo derecho ya existente en el momento de efectuarse la concesión y, por tanto, aquellos ante los cuales habrá de ceder el aprovechamiento posterior otorgado, son los que ya habían surgido al autorizarse éste» (S. de 21 de junio de 1930). «A tenor de lo dispuesto en el art. 150 no puede hacerse concesión de aprovechamientos en perjuicio de terceros y demostrada la incompatibilidad del aprovechamiento concedido con uno existente aguas abajo, no coincidiendo siquiera la mitad de las aguas, es procedente declarar sin efecto la concesión» (S. de 30 de abril de 1934).

La incompatibilidad puede ser total (S. de 2 de marzo de 1932) o parcial. En este último sentido se ha especificado que «si en aprovechamientos anteriores no estuviera fijado el caudal de agua ha de entenderse únicamente concedido el necesario para el objeto a que el aprovechamiento se destina» (S. de 29 de septiembre de 1911). Estos casos de incompatibilidad parcial, no provocan de suyo la ineficacia de la concesión. Sin embargo, si el perjuicio fuera grave, pueden, de rechazo, producir la nulidad de la segunda concesión (S. de 19 de marzo de 1911).

b) *Existencia de monopolio concesional.*

La incompatibilidad de concesiones y específicamente la falta de objeto disponible respecto de las posteriores concesiones, puede también producirse del hecho de existir un monopolio que impida al otorgamiento de sucesivas concesiones. Este supuesto es excepcional, toda vez que el monopolio no se presume (S. de 17 de octubre de 1888, 6 de junio de 1889, 25 de junio de 1890, 14 de abril de 1896, 27 de marzo de 1897, 18 de febrero de 1905, 6 de febrero de 1907, 24 de febrero de 1945, 27 de marzo de 1894, 8 de enero de 1896, 30 de diciembre de 1918, 29 de noviembre de 1941).

El monopolio puede resultar, bien de un privilegio de explotación título exclusivo (41), o bien por una limitación impuesta asimismo por la Administración que no pueda autorizar otras concesiones en determinado tiempo o lugar. Este último supuesto «no puede estimarse jurídicamente como una exclusión o monopolio, sino como una condición propia de la concesión otorgada, que normalmente de otro modo, penas hubiera tenido útil aprovechamiento» (S. de 29 de abril de 1933).

El primer supuesto de concesión especial de monopolio tiene su ejemplo en el caso de la Compañía Telefónica Nacional a virtud del Decreto-Ley de 25 de agosto de 1924 y Reglamento de 21 de noviembre de 1929. En este último caso no sólo la Administración no está autorizada para otorgamiento de nuevas concesiones, sino que se estima como causa de aducidad la existencia de línea de la Compañía Telefónica (Ss. de 12 de junio de 1921, 5 de abril de 1933, 15 de octubre de 1935, 9 de julio de 1940, 29 de mayo de 1941, 17 de enero de 1942, 14 de febrero de 1945, 8 de mayo de 1945, 15 de junio de 1945, 4 de octubre de 1945, 12 de noviembre de 1945, 7 de febrero de 1946), llegando incluso a constituir una causa de decadencia de sus derechos a anteriores concesionarios, si bien con la debida indemnización (R. D. de 11 de noviembre de 1890, 7 de enero de 1897 y 9 de julio de 1901, Ss. de 8 de abril de 1908, 30 de octubre de 1908).

El monopolio constituye de suyo un privilegio excepcional (42).

Otro supuesto de monopolio, cual es el llamado monopolio puramente de hecho o impropio resultante del hecho de no utilizar la Administración la facultad de otorgar nuevas concesiones, no provo-

(41) PEQUIGNOT, *op. cit.*, pág. 557, como excepción al principio de igualdad de todos frente a las cargas públicas.

(42) Cfr. el art. 13 de la Ley de 26 de marzo de 1908, art. 142 del Reglamento de la Ley de 5 de octubre de 1940, art. 3.º del D. de 24 de septiembre de 1913; Ley de 23 de noviembre de 1877, art. 24; Reglamento de 11 de julio de 1912, art. 73.

ca, como es lógico, cuestión alguna directa acerca de los daños y perjuicios (43).

3.—*Perjuicio en el ejercicio del Derecho. Daños por la explotación*

La colisión del acto concesional con los derechos existentes anteriormente puede producirse, bien por incompatibilidad de los derechos en sí en cuanto la nueva concesión supone un despojo total del anterior derecho (*ademptio dominii*) (44), o bien por disminución del contenido actual de los anteriores derechos ocasionados por la explotación de la concesión, *deminutio dominii*. En este lugar importa examinar esta segunda clase de incompatibilidad que produce no la insuficiencia total de la segunda concesión, sino solamente la conversión de una parte del contenido de los derechos perjudicados por su otorgamiento en una pretensión personal de indemnización de daños y perjuicios como equivalente económico. A los efectos procesales, la configuración del perjuicio indemnizable requiere las características de concreción, actualidad e ilegalidad del perjuicio.

A) *Concreción de los perjuicios.*

Al carácter de concreción se opone la contingencia o falta de especificación del perjuicio ocasionado. Sucede esto último cuando el perjuicio se liga a un acto administrativo que no tiene el carácter de definitivo en cuanto a su parte dispositiva o constituyente. Se excluye de este modo los eventuales daños producidos por trámites provisionales.

La Sentencia de 31 de mayo de 1951 delimita el concepto de acto administrativo y la idea de los actos provisionales o de trámite: «Excluidos de la conceptualización de los actos del Estado en función los legislativos y reglamentarios y limitada a los propiamente administrativos, o sea los relativos a declaraciones de la Administración con propósito de producir un efecto jurídico tendente a crear una situación individualizada, se hace preciso distinguir en estos actos de la Administración

(43) Cfr. ALESSI: *Istituzioni di Diritto amministrativo*, 1934, vol. II, pág. 127.

(44) MUCIUS SCAEVOLA, en sus *Comentarios al Código Civil*, Madrid, 1896, t. 7.º, página 369, entiende que la única virtualidad de la cláusula sin perjuicio de tercero es justamente la de provocar una pretensión de daños y perjuicios: «La Administración puede disponer de las aguas públicas, pero al conceder su aprovechamiento ha de ser sin perjuicio del derecho de los particulares. Estos tienen facultades para reclamar no sólo en el caso de la concesión, sino con motivo de las obras inherentes a ella, y en general, por toda obra que les cause lesión en sus derechos.»

los meramente procesales o que propenden exclusivamente a la propulsión de los expedientes para su resolución, de aquellos otros que resuelven definitivamente el caso concreto de la Administración frente al súbdito, o que impiden la continuación del procedimiento, decidiendo directa o indirectamente el fondo del asunto». Por ello es inexpugnable la resolución de mero trámite que ni otorga ni niega la concesión solicitada, sino que se limita a ordenar una nueva tramitación de aquélla (Sentencias de 24 de junio de 1902, 16 de febrero de 1918, 17 de octubre de 1921); «el cálculo o previsión de las dificultades que pueden presentarse al titular de una concesión anterior, no es susceptible de motivar el recurso contencioso que se halla establecido para reparar agravios consumados y no para conjurar peligros futuros» (Ss. de 25 de octubre de 1919 y 12 de febrero de 1920), «sin perjuicio de la reserva de derechos que al recurrente puedan asistir una vez terminadas las obras proyectadas y determinado el perjuicio que con ellas pueda sufrir la concesión otorgada con anterioridad» (S. de 31 de octubre de 1919).

El principio general es, pues, que «sólo se puede recurrir contra una concesión cuando exista lesión de derecho causado por acto concreto y no ciertamente por el temor más o menos fundado y razonado de que se pudiera producir un perjuicio por consecuencia de la ejecución de las obras» (S. de 28 de septiembre de 1940).

A consecuencia de esta necesidad de la concreción del perjuicio ocasionado, la jurisprudencia ha sentado el criterio unánime de que la circunstancia de hacerse la concesión en concepto de provisional, no puede lesionar ni alterar la eficacia de los derechos anteriores, puesto que no tiene otro alcance que el de una medida *ad cautelam* de la Administración (Ss. de 24 de abril de 1916, 14 de octubre de 1920, 24 de noviembre de 1921, 13 de abril de 1933 y 8 de octubre de 1947). De este modo, «si en la concesión provisional, para elevarla a definitiva, se impone una condición sustancial y se incumple, esta concesión no pasa a definitiva mientras la condición sustancial no se despcje y se declare un total cumplimiento» (S. de 9 de junio de 1942); por lo que, en tanto no se verifique esta declaración y la elevación subsiguiente de la concesión a definitiva, no existe daño reclamable, ni por ende posibilidad de impugnar la concesión, ya que es doctrina reiterada, consignada en el auto de 28 de abril de 1909, que el carácter de provisional de la adjudicación indica que no puede haberse producido en ella un derecho administrativo en las condiciones necesarias para que por consideración a él pueda llegarse a la revisión contenciosa» (S. de 5 de mayo de 1945). De este modo, la provisionalidad, tanto del otorgamiento como de la propia concesión (concesión precarial), ni otorgan derecho firme al concesionario, que le permita invocar el principio de intangibilidad de la concesión, ni los terceros pueden considerarse dañados por per-

juicios ocasionados por esta clase de concesiones, que revisten carácter meramente condicional y transitorio, en el sentido de la Sentencia de 30 de septiembre de 1907.

B) *Actualidad del perjuicio.*

No solamente la contingencia y eventualidad de perjuicio provoca la inadmisibilidad del recurso, sino que también por la incertidumbre del daño queda excluida la vía jurisdiccional cuando este daño es solamente futuro. El carácter riguroso del principio de la actualidad del perjuicio se refiere a las condiciones y no a la actualidad del daño o lesión; es decir, al perjuicio dañoso y no a la probabilidad objetiva del daño sobre bases futuras, ya que el recurso intempestivamente deducido, despojaría a la propia Administración de su derecho a la auto-corrección del acto ilegítimo (45). En materia concesional, este principio general del régimen procesal administrativo ha sido afirmado también por la jurisprudencia (Ss. de 17 de noviembre de 1922, 21 de abril de 1922, 30 de octubre de 1923, 1 de octubre de 1927, 21 de octubre de 1927 y 29 de marzo de 1950).

C) *Ilegalidad del perjuicio.*

La disminución del contenido de los derechos a causa de la explotación de la nueva concesión se fundamenta en la ilegalidad del perjuicio (*Damnum injuria datum*).

Esta ilegalidad se produce, bien por la extralimitación del contenido de la concesión de dominio, o por el incumplimiento de las normas relativas al servicio público en esta última clase de concesiones. Por ello, «cuando una Compañía concesionaria de ferrocarriles lleva a cabo las obras ajustándose estrictamente al proyecto aprobado por la Administración, no procede se le exijan responsabilidades por los daños y perjuicios que sean consecuencia ineludible de ese proyecto, al que tiene el deber de sujetarse, y, por el contrario, procedería exigirlos en el caso de que se apartara del repetido proyecto o cometiera extralimitaciones

(45) Cfr. sobre la actualidad del interés a recurrir: BORSI: *Giustizia amministrativa*, Padova, 1941, pág. 263; FORTI: *In tema de interesse a ricorrere e ad intervenire*; LESSONA: *La giustizia amministrativa*, 1945, pág. 108; PRESUTTI: *Istituzioni di Diritto amministrativo*, Palermo, 1933, IV, pág. 107; SALEMI: *Corso di Diritto amministrativo*, Padova, 1941, pág. 181; VITTA: *Diritto amministrativo*, Torino, 1937, I, pág. 533; DEL PRETE PASQUALE: *Interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, en la «Rassegna di Diritto Pubblico», enero-abril 1951.

en la ejecución de la obra» (S. de 20 de marzo de 1908). En relación a estas extralimitaciones, se determina la exclusiva atribución de la Administración para determinar si efectivamente han existido (S. de 22 de junio de 1894, RR. DD. de 30 de diciembre de 1886 y 26 de noviembre de 1917).

En relación a los daños producidos por las concesiones de dominio, también la jurisprudencia ha ligado la indemnización a la culpabilidad del concesionario, conectada con la general obligación de indemnizar a quien los causa por su culpa o cuando éstos se producen por el incumplimiento de disposiciones administrativas (Ss. de 9 de abril de 1866, 27 de diciembre de 1883, R. D. S. de 24 de octubre de 1888, S. de 13 de octubre de 1891, R. D. S. de 31 de mayo de 1893, Ss. de 18 de marzo de 1896, 5 de diciembre de 1903, 14 de octubre de 1904, Auto de 20 de febrero de 1907, S. de 21 de febrero de 1908, Auto de 29 de diciembre de 1913, Ss. de 27 de abril de 1918, 22 de enero de 1919, 12 de abril de 1922, 9 de enero de 1931 y 28 de diciembre de 1932). Sin embargo, en la mayor parte de los casos, los daños indemnizables, pese a lo definido por la jurisprudencia, no pueden calificarse de daños producidos con culpa del concesionario, sino más bien como supuesto concreto de una responsabilidad por daños ocasionados a través de una conducta querida por la Ley. Este es, por ejemplo, el supuesto específico de las concesiones de minas (46).

D) *Anterioridad de los derechos dañados.*

La Sentencia de 10 de octubre de 1911 se refiere a este supuesto, en que queda excluida la indemnización de daños y perjuicios: «Sin perjuicio de tercero se entienden los derechos ya nacidos al otorgarse la concesión, pero de ningún modo los posteriores a la misma, fundados en molestias y perjuicios que debieran tenerse en cuenta por el vecino, construyendo en otro lugar o con las precauciones necesarias para evitarlo, y que no puede menoscabar los derechos adquiridos del concesionario, que fueron primeros en tiempo y, por consiguiente, son mejores en el Derecho.»

(46) Cfr. G. ARBATE: *Corso di Diritto minerario*, Giuffrè, Milano, 1946, pág. 263 y ss. El que en estos supuestos se trata de una conducta querida por la Ley, se desprende de la minuciosa reglamentación administrativa para el resarcimiento de perjuicios, que prescinde de la culpabilidad del concesionario (Reglamento provisional de 18 de diciembre de 1890, R. D. C. de 28 de abril de 1914, D. de 12 de agosto de 1904, R. D. de 3 de agosto de 1908, Reglamento de 16 de noviembre de 1900).

E) *Consecuencias de la existencia de perjuicios.*

El perjuicio puede ser tan grave que ocasione un efectivo despojo de los derechos adquiridos; en este caso se está en el supuesto anteriormente considerado de incompatibilidad de concesiones o derechos en general, o produce tan sólo una perturbación en el desarrollo de estos derechos anteriores, en cuyo caso esta parcial incompatibilidad o colisión de derechos se resuelve en la indemnización de daños y perjuicios (R. D. C. de 5 de diciembre de 1901. Ss. de 19 de octubre de 1907, 5 de marzo de 1907, 9 de junio de 1922 y 9 de abril de 1923).

Para la reclamación se requiere el cumplimiento de una serie de supuestos, concretados en la Sentencia de 30 de noviembre de 1927: «Quien reclama en vía gubernativa o en un pleito civil o contencioso-administrativo la indemnización de daños y perjuicios por una cantidad líquida y concreta, tiene la obligación ineludible de probar los extremos particulares siguientes para prosperar su reclamación:

1.º La acción u omisión culposa, o negligencia que origine los daños y perjuicios.

2.º La relación de causa a efecto entre aquélla y éstos, de tal modo que resulte una consecuencia necesaria y directa del acto o de la omisión culpable; nunca si fuera también imputable a quien los sufrió (también Ss. de 2 de marzo de 1897, 20 de marzo de 1898, 23 de junio de 1900, 5 de junio de 1901, 4 de febrero de 1920, 4 de diciembre de 1905, 5 de junio de 1907, 27 de abril de 1908 y 30 de noviembre de 1927).

3.º Que se justifique debidamente la existencia de los daños y perjuicios, así como también cada una de sus partidas, conceptos o sumandos que integran la cantidad total reclamada, correspondiendo a los órganos jurisdiccionales, como cuestión de hecho, aplazar la debida probanza de la existencia de tales perjuicios y su importe».

VI.—EFICACIA SUBJETIVA DE LA CONCESIÓN Y DETERMINACIÓN DE LOS TERCEROS.

Cualquiera que sea la naturaleza concreta que a la concesión se atribuya, es lo cierto que en los casos de concesión traslativa surge una situación de bilateralidad. De ahí la aplicación del principio general, concretado en el artículo 1.257 del Código civil: «Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisible o por su naturaleza, o por pacto o por disposición

de la Ley.» Implica esta observación la necesidad de examinar el concepto de parte y de tercero y la eficacia subjetiva de la concesión, ligada estrechamente a estas nociones.

A) *Eficacia subjetiva absoluta: «Res inter partes».*

1. *Concepto de parte en el Derecho administrativo.*

La delimitación de lo que ha de entenderse por parte en el acto administrativo suscita múltiples dificultades, por la radical diferencia que existe entre las declaraciones de voluntad del Poder público y las declaraciones negociales de los particulares. En el acto administrativo no cabe duda que el carácter de parte alcanza, naturalmente, a la Administración emitente de la declaración de voluntad. Problema más complejo es la determinación de los administrados que tienen carácter de parte.

Una primera idea sostiene que parte del acto administrativo es el partícipe del negocio, titular a quien se imputa la modificación jurídica que el acto administrativo de disposición implica. Tal concepto es excesivamente amplio y escasa utilidad práctica encierra.

Otra dirección, de raíz kelseniana, delimita el concepto de parte según la persona a quien se puede referir formalmente el acto administrativo. Empero, y ya concretamente dentro del problema de la concesión, vendremos a llegar al incongruente resultado de ser justamente los terceros quienes adoptasen el carácter de parte del acto concesional, ya que a ellos alude la cláusula sin perjuicio. En la tesis de LIEBMANN, el administrado parte del acto es el destinatario (*Empfänger*) de la declaración de voluntad que encierra. SEGNI estima que parte del acto administrativo es el interesado en la declaración. Este concepto incluiría también, sin embargo, a los terceros perjudicados, ya que sus intereses están ligados a la concesión, por lo que, a causa de su excesiva extensión, debe rechazarse. Para aclarar el concepto hay que ir procediendo por sucesivas delimitaciones. Se puede, en primer término, delimitar el concepto de parte atribuyendo este carácter al destinatario formal de la declaración de voluntad y a cuyo favor o demérito se dirige el acto administrativo (Auto de 20 de mayo de 1908 y S. de 1 de diciembre de 1923).

En lo referente al problema de la concesión administrativa la delimitación de los administrados que deben entender por parte no suscita tan graves dificultades como el problema general, ya que, en puridad, este carácter de partes sólo debe atribuirse al solicitante de la concesión. Así la Sentencia de 26 de diciembre de 1934: «El concesionario es *parte directa y principalmente interesada.*» Sin embargo,

nuestra normativa administrativa incurre en la falta de técnica precisa terminológica, al atribuir el carácter de parte en muchas ocasiones a los terceros interesados (S. de 19 de noviembre de 1919); en este aspecto, sin embargo, la determinación de parte se ha ligado sólo a lo que propiamente podría llamarse titular del interés a recurrir, concepto que examinaremos en lo que importa a nuestros fines al analizar la figura del tercero administrativo.

La especialidad del concepto administrativo de parte radica en la limitación y restricción de su contenido al destinatario del acto, sin que se entienda extensivamente ser parte el administrado causahabiente. En este sentido se pronuncian ROMANO, CAMMEO, ZANOBINI, FORTI, FLEINER y JELLINEX, apoyando la tesis negativa de la transmisibilidad de la relación jurídica administrativa con carácter normal *intuitu personae*.

FLEINER, con ORLANDO y FORTI, consideran que sólo, excepcionalmente, en los supuestos en que la relación administrativa tenga un prevalente carácter patrimonial, debe admitirse la posibilidad de transmisión personal. Para ZANOBINI, la transmisión sólo puede admitirse en los casos de relaciones administrativas *propter rem*. Como derecho —ha dicho CARAYON—, la concesión es transmisible por su propia naturaleza, del mismo modo que cualquier otro bien patrimonial. Pero la necesidad que el concesionario revista ciertas condiciones de nacionalidad, solvencia económica y técnica, garantías de explotación, según los fines perseguidos por la Administración, etc., que pueden ser de carácter reglado, o más bien, como es el caso general, de apreciación estimativa y discrecional de la Administración, provocan la necesidad de que ésta autorice la transmisión. Por ello es cabalmente el carácter funcional que a la concesión afecta, en cuanto la concesión traslativa supone una transferencia de funciones, según se ha dicho, y no la naturaleza *intuitu personae*, el que condiciona a previa autorización la transmisión administrativa de la concesión. La necesidad de tal autorización se liga normalmente a las concesiones traslativas, constituyendo así un nuevo carácter distintivo y diferencial frente a las puramente constitutivas, en que la intransmisibilidad se liga, en su caso, a la falta de contenido patrimonial o al carácter de *intuitu personae*. En las concesiones de dominio, la transmisibilidad se condiciona normalmente a un contenido reglado, sin necesidad de un acto administrativo específico de autorización (aguas, minas, marismas, puertos). En estos casos el causahabiente es parte si se observaron los condicionamientos de la transmisión.

Hay que distinguir en los supuestos de previa autorización necesaria la subrogación personal, *inter vivos* o *mortis causa*. En el primer caso la jurisprudencia ha especificado que «la Real Orden que aprueba la transferencia de una concesión crea derechos entre cedente y cesionario y no puede ser revocada ni modificada gubernativamente sin declararla

antes lesiva» (S. de 14 de julio de 1891). «La Compañía cesionaria se subroga en las obligaciones de la que obtuvo la concesión, y el alcance de estas obligaciones, como las del contrato, corresponde determinarlas a la Administración» (S. de 22 de junio de 1894); «pendiente de aprobación judicial el acuerdo de la junta de accionistas, acordando la transferencia de una concesión, puede autorizar ésta la Administración, a reserva de que quede sin efecto si se declara nulo el acuerdo de la junta» (O. de 7 de abril de 1899); «si la concesión no se transfirió legalmente, no puede decirse que se vulnera ningún derecho del que no acreditó esa circunstancia» (S. de 18 de febrero de 1903) (implícitamente se viene a reconocer así el carácter de tercero y no de parte del cesionario no autorizado); «la transferencia de las concesiones de ferrocarriles y la consiguiente fijación de los derechos del transmisionario, es cuestión que incumbe a la Administración y, en su caso, a la jurisdicción contencioso-administrativa, y la aprobación de la transferencia o su autorización corresponde al uso de las facultades discrecionales» (S. de 26 de abril de 1912); el transmisionario queda obligado en los mismos términos y con las mismas garantías al cumplimiento de las condiciones estipuladas (art. 21, Ley de 23 de noviembre de 1877, de Ferrocarriles); «la jurisdicción contencioso-administrativa es competente para apreciar si ha podido o no la Administración autorizar, otorgar o legitimar las obras ejecutadas por una Sociedad mediante contrato particular celebrado con la concesionaria de las mismas, ya que la Administración tiene facultades para convalidar obras públicas que exijan permiso del Gobierno para realizarlas, y que fueron transmitidas parcialmente por la Sociedad concesionaria, sin autorización del Estado» (S. de 25 de noviembre de 1911). «No es admisible en buenos términos de Derecho que ligue a la Administración con el solicitante, antes del otorgamiento de la concesión, vínculo alguno jurídico, ni existe consignado en Ley o disposición alguna el derecho o derechos que se consideran nacidos del simple carácter del peticionario, ni, caso de existir, podría invocarlos persona distinta de la que efectivamente solicitó la concesión y con quien la Administración se entendió para todas las diligencias a que dió lugar la tramitación del expediente; y nada desvirtúa la eficacia de esta doctrina la cesión de derechos, porque, verificada sin intervención de la Administración, cualesquiera que sean las acciones y obligaciones de carácter civil que hiciera nacer entre quienes la suscribieron, ningún título conferirían al demandante para pedir la revocación de actos que la Administración misma, por su parte, válidamente realizó» (Auto de 30 de diciembre de 1902), inaplicándose así el concepto de tercero hipotecario y protección a la buena fe; «en las concesiones de aguas precisa que la Dirección General de Obras Hidráulicas apruebe la transmisión, a cuyo fin deberá solicitarse así, acompañando copia legalizada de la es-

critura de cesión, sin que obligue a la Administración, ni se considere como parte a los efectos del art. 1.257 del Código Civil. la cesión no autorizada» (S. de 6 de noviembre de 1923). Hasta tal punto el principio tiene vigencia, que puede llegarse incluso a la caducidad de la concesión caso del incumplimiento de esta carga (S. de 16 de diciembre de 1943, art. 43 *in fine*, Ley de 20 de febrero de 1942).

La autorización para la cesión queda así configurada como discrecional, irrevocable, previa (*conditio* de eficacia) o posterior (legitimadora), con alcance de requisito esencial para investir al cesionario del carácter de parte en la relación administrativa. Prima la naturaleza traslativa de funciones y el carácter público de la concesión sobre su contenido patrimonial. Sólo es parte en la concesión, en este sentido, el concesionario, y para que sus causahabientes tengan carácter administrativo de parte precisa la autorización. Esta no implica de suyo novación subjetiva, sino una mera subrogación personal; mas la Administración puede condicionar o modalizar su asenso, por lo que en este caso la sucesión en el derecho es cooptativa. Del mismo modo que la transmisión pura, la constitución de derechos sobre la concesión no atribuye el carácter de parte a los titulares de los mismos, que quedan reclusos en la esfera de relaciones civiles frente al concesionario y los terceros. Así sucede en el arriendo de la concesión (Ss. de 24 de junio de 1913, 22 de noviembre de 1916, R. de 22 de febrero de 1926, en minas; S. de 1 de julio de 1943, 3 de julio de 1943, 8 de octubre, 11 de octubre, 13 de octubre, 19 de octubre, 3 de noviembre, 13 de noviembre, 18 de noviembre, 6 de diciembre y 9 de diciembre de 1943, en carreteras), siempre que se configure como modalidad especial de explotación, con mera intercesión de tercero en la misma, con contrato de naturaleza innominada (S. de 6 de julio de 1943), sin traspaso de la responsabilidad del concesionario (S. de 27 de septiembre de 1943), ya que la posibilidad de arrendar no implica sin más la de transmitir la concesión (S. de 23 de marzo de 1942). Por ello se determina que no existe traspaso o cesión concesional cuando el cesionario obra por cuenta del cedente (Sentencia de 12 de febrero de 1943, puertos), y en todos estos casos los pactos celebrados no obligan ni vinculan a la Administración (S. de 27 de enero de 1934). Por el contrario, con la cesión autorizada, el cedente pierde su carácter de parte, quedando sustituido, a todos los efectos administrativos, por el cesionario, convirtiéndose éste en verdadero concesionario derivativo (S. de 29 de septiembre de 1944). Esta cesión *inter partes* puede verificarse también, no sólo por venta o donación, sino por aportación social (S. de 29 de marzo de 1915).

De igual modo sucede con las transmisiones *mortis causa*.

Los causahabientes por este concepto no adquieren *ipso facto successionis* el carácter de partes, sino sólo a través de la autorización admi-

nistrativa, salvo el caso general de las concesiones demaniales (agua, minas, puertos), en que basta la notificación a la Administración para lograr la investidura del carácter de parte administrativa. En el Derecho regalístico, esta particularidad del privilegio se justificaba en el principio romano (tít. IV, libro I y 2, *De constitutionibus Principum*, y lib. 50, tít. 17 Dig., *De privilegiis*, 196, *Modestinus*, lib. VIII, *Regularum*), *quid Princeps alicui ob merita induxit, personam non egreditur*. En este sentido se ha pronunciado nuestra Jurisprudencia: «Los herederos del concesionario se subrogan en los derechos y obligaciones de éste, mediando la oportuna autorización» (R. O. de 7 de septiembre de 1892). «Si bien es cierto que la concesión es transmisible *mortis causa*, lo es previa autorización administrativa, potestativa y discrecional de la Administración, que implica requisito indispensable, tanto para las cesiones *inter vivos* como para los casos en que la transferencia se hace por disposición testamentaria» (S. de 6 de octubre de 1927). Rige en estos supuestos el mismo criterio que para las cesiones *inter vivos*, hasta tal punto que si los herederos en una concesión demanial no notifican su adquisición sucesoria a la Administración, no adquieren el carácter de partes en la relación concesional (S. de 27 de octubre de 1919).

La limitación del concepto de parte a la propia persona del concesionario no excluye tan sólo la aplicación de tal carácter a los causahabientes, sino también a todos los titulares de derechos subordinados a la concesión. Así queda eliminada la consecución del carácter de parte por los acreedores a través de la acción subrogatoria, manifestándose por la Jurisprudencia que «los acreedores del concesionario no tienen personalidad para intervenir en el expediente administrativo ni en la contienda judicial» (Ss. de 9 de octubre de 1911 y 17 de junio de 1916). «Los acreedores sólo pueden hacer valer sus derechos en contemplación de los del concesionario», pero no tienen personalidad ante la Administración (Ss. de 3 de marzo de 1908 y 28 de junio de 1912); del mismo modo, tampoco es parte el administrador judicial del concesionario (S. de 9 de octubre de 1911).

Esta limitación del carácter de parte de la relación jurídico-administrativa no es privativa de la concesión traslativa, sino general al acto administrativo considerado como tal. Sin embargo, una inadecuada terminología ha creado la actual confusión, en que frecuentemente se acepta como parte quien merece, por lo contrario, el carácter de tercero interesado.

El carácter de parte no existe sino ligado a una relación jurídica administrativa, por lo que no puede hablarse de parte en los procedimientos de gestión incoados a virtud de acción de oficio (S. de 8 de julio de 1933). El hecho de no haber parado mientes en esta elemental observación es primordial causa del confusionismo existente. Por el con-

trario, en la concesión existe una relación jurídica efectiva, ya que «todo expediente de concesión está regido por la solicitud inicial del peticionario» (S. de 28 de noviembre de 1940), por lo que es lícito hablar en estos casos del carácter de parte y tercero.

El carácter de parte es trascendental en toda la normativa de la concesión. Solamente el administrado a quien alcanza tal concepto tiene legitimación para impugnar u oponerse a los actos administrativos verificados en contra del principio de intangibilidad de la concesión (S. de 27 de junio de 1919); de otro lado, las partes no pueden impugnar la concesión y han de estar y pasar por ella.

2. *La Administración como parte.*

El carácter de la Administración como parte en la relación jurídica de la concesión aboca a la consecuencia alcañada de ser intangible para la misma el derecho concedido al administrado. De hecho, nuestra jurisprudencia ha conectado la intangibilidad de la concesión al carácter de parte (Ss. de 26 de diciembre de 1914 y 23 de junio de 1934).

La Administración, en la relación jurídica concesional, es obviamente parte y no tercero. En este sentido, la S. de 14 de marzo de 1936 ha dicho que «la salvedad de que la concesión se otorga sin perjuicio de tercero, en modo alguno puede entenderse que haga a alusión o se refiera al Estado, o sea a la Administración otorgante, ya que ésta, como tal, figura en el contrato de concesión como *primera y principal parte* contratante u otorgante del acto o contrato y nunca como tercero, que en buenos principios de Derecho sólo lo es, el que no ha sido parte en el acto, pero nunca el que, como contratante u otorgante, intervino en el mismo». Esta calidad de parte que a la Administración otorgante afecta, produce la consecuencia, según reza la misma Sentencia, de que «sin que nadie niegue o ponga en duda el derecho indiscutible y la iniciativa del Estado, representado por la Administración en orden a los proyectos de concesión, atendidas las necesidades y conveniencias del servicio público y las de orden técnico y económico que habrán de tenerse en cuenta al redactarse dichos proyectos, se debe dejar siempre a salvo las obligaciones contractuales pactadas o impuestas al otorgar la concesión de un servicio público o aprovechamiento público, y nacidas de la misma o de ella derivadas, pero nunca contradecirlas».

La eficacia subjetiva de la concesión *versus* la Administración tiene una doble virtualidad, obedeciente a dos finalidades e instituciones jurídicas diferentes, haciendo mención la una a la seguridad jurídica y estabilidad del Derecho lograda en este caso a través de la fatalidad y preclusión de los plazos procesales de lesividad (eficacia de cosa

juzgada del acto administrativo firme) y conectada la otra al propio carácter de parte que a la Administración atañe en la relación jurídica concesional, que provoca la imposibilidad para la misma del *venire contra factum proprium* (S. de 21 de diciembre de 1934). Importa analizar ambos aspectos, conducentes ambos al mantenimiento del principio de intangibilidad subjetiva de la concesión.

Implica este análisis la necesidad de examinar, siquiera sea sumariamente, el llamado principio general de la eficacia de cosa juzgada del acto administrativo firme (46 bis). Como ha dicho la S. de 10 de abril de 1930 «el acuerdo firme tiene fuerza y eficacia de cosa juzgada según los artículos 1.251 y 1.252 del Código Civil, 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 108 de la Ley Orgánica de lo Contencioso-administrativo». «Una vez transcurridos los plazos legales, los derechos que la Administración declara en el curso del expediente tienen tal *estabilidad* y firmeza que no es lícito a la misma Administración activa volver a conocer de ellos» (R. D. C. de 27 de abril de 1921). De este modo la inimpugnabilidad se hace corresponder a la cosa juzgada formal, quedando el acto administrativo provisto de una presunción absoluta de legitimidad (47). Lo específico del acto administrativo firme no es su validez, ni su vigencia absoluta, a pesar de ello, puesto que todas las normas regulares tienen estos caracteres, sino su indiscutibilidad y la ausencia de facultades de la Administración activa para revocar o alterar el acto, de oficio o a petición de parte; consecuencia todo ello de ser inherente al ordenamiento jurídico, en defecto de una limitación espacial-temporal expresa, una declaración de vigencia (validez temporal y local ilimitada) (48). Lo immanente del orden jurídico no es por ello el principio: *Lex posterior derogat priori*, sino cabalmente su contrario: *Lex posterior non derogat priori*. Estas ideas significan que

(46 bis) Cfr. J. FRANCISCO LINARES: *Cosa juzgada administrativa*. Buenos Aires, 1946; B. FIORINI: *Teoría de la justicia administrativa*, Alfa. Buenos Aires, 1944, págs. 64, 102 y 282; MERKL: *Teoría general del Derecho administrativo*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, págs. 263 y ss.; IPSEN: *Wideruf gueltiger Verwaltungsakte*, Hamburgo, 1932, págs. 22 y ss.; FORSTHOFF: *Lehrbuch der Verwaltungsrechts*, Muenchen, 1950, págs. 194 y ss.; BERNATZIK: *Rechtssprechung und materielle Rechtskraft*, Viena, 1896, págs. 210 y ss.; TEZNER: *Das Rechtskraftsproblem im Verwaltungsrecht*, en el «*Verwaltungsarchiv*», tomo 19, págs. 44 y 128; HETZELL: *Schwebende Ungueltigkeit und Unwirksamkeit*, Hamburgo, 1934. No se pretende en el texto acudir a una noción extraña al procedimiento administrativo por vía de analogía, sino, por el contrario, a través de la expresión, poner de relieve la paralela finalidad que a ambas instituciones afecta. De otra parte, nuestra misma terminología administrativa induce a emplear esta noción. Se dice de recurso contencioso-administrativo y no de *demanda*, con lo que parece aludirse a que el examen jurisdiccional es revisorio de actos *jurisdictionales*. (Cfr. *Acte jurisdictionelle*, en la «*Revue de Droit Public*», 1948).

(47) Cfr. nota 19 anterior.

(48) Cfr. TREVES: *La Presunzione*, pág. 191; RESTA: *La revoca*, pág. 72.

aquellos actos formuladores de derecho no pueden ser modificados, sino, con las condiciones, bajo las formas y en el tiempo hábil previstos en la esfera de la Ley. Un acto administrativo que se apoya en la Ley, será modificable por un acto administrativo posterior, sólo y en la medida en que la Ley delegue al mismo esa función modificadora, del mismo modo y con el mismo sentido teleológico que una sentencia judicial puede ser modificada por otra posterior, solamente a consecuencia de una reforma verificada antes del paso de la sentencia a la categoría de firmeza.

El alcance de la eficacia de la cosa juzgada en los actos administrativos, solamente se extiende por ello a los actos que hayan devenido firmes por haber transcurrido el plazo de cuatro años de posible modificación. Para el juicio administrativo que contiene una decisión propiamente dicha, la fuerza de cosa juzgada es absoluta, porque el interés público de la certidumbre del derecho informa la situación jurídica de las partes beneficiadas (49).

Se reduce así, por un primer aspecto, el principio de la intangibilidad de la concesión a la regla general de la eficacia de cosa juzgada del acto administrativo.

La fuerza de cosa juzgada se liga, prescindiendo del carácter y contenido de la declaración de voluntad insita en el acto administrativo, al mero transcurso del plazo preclusivo de cuatro años, durante el cual el acto esté sometido a la contingente y eventual amenaza de la impugnación por lesividad. Así, la S. de 22 de junio de 1935 dice que «es notorio que una situación jurídica de índole administrativa y concretamente una concesión de aguas, no es firme exclusivamente porque la Administración haya consumido por entero sus facultades constitutivas o declaratorias, que a lo más son susceptibles de provocar una mera actividad de ejecución, sino porque no quede o no se haya utilizado remedio jurídico alguno contra los actos administrativos mencionados, no quedando, por tanto, firmes, es decir, estables e inmutables mientras sea posible su revisión». Transcurrido el plazo de posible revisión, entra en juego la fuerza de cosa juzgada, amparando con fuerza absoluta el acto administrativo: «Una vez terminados los plazos legales, los derechos que la Administración declara en el curso de un expediente, tienen tal estabilidad y firmeza, que no es lícito a la misma Administración activa volver a conocer de ello» (R. D. C. de 27 de abril de 1921).

La fuerza de cosa juzgada, alcanza así a todos los actos administrativos declaratorios y definitivos, cualquiera que sea su índole específica. Mas concretamente, en aquellos actos declaratorios o constitutivos de derechos en los administrados, aun antes de que desarrolle su operati-

(49) Kelsen: *Teoría General del Estado*, «Labor», Barcelona, 1934, pág. 385.

vidad la fuerza de cosa juzgada, entre en la lid otro principio, basado en la misma tendencia inmanente del Derecho hacia la estabilidad y la permanencia de los valores jurídicos, que aunque suele confundirse con el primero tiene una finalidad, un alcance y un fundamento obviamente diferentes. Nos referimos al principio de la imposibilidad de revocación de los actos administrativos, no firmes, pero definitivos, declaratorios o constitutivos de derechos. Huelga una revisión del tema, hartamente estudiado.

Concretamente y referido a la concesión, la vigencia de tal principio de irrevocabilidad ha sido afirmada repetidamente por la Jurisprudencia: «Los estados jurídicos constituidos al amparo de una disposición legal no pueden ser alterados gubernativamente mientras subsistan los mismos hechos que determinaron el derecho reconocido» (S. de 6 de diciembre de 1911). En el mismo sentido las Sentencias de 4 de junio de 1912, 30 de diciembre de 1911, 29 de octubre de 1913, 5 de junio de 1922, 22 de mayo de 1930, 21 de junio de 1930, etc.

«Otorgada la concesión de unos terrenos y aprobadas definitivamente por la Administración las obras ejecutadas por el concesionario, no procede ordenar que se deslinden dichos terrenos sin previa audiencia del mismo» (S. de 20 de diciembre de 1911); «todo aprovechamiento de aguas concedido con las formalidades que previene la Ley crea a favor del concesionario un estado de derecho y un título de legítimo disfrute del que no es posible desposeerle, ni en todo ni en parte, sin su anuencia y siempre mediando alguna de las causas justificadas por medio de la expropiación, o de la caducidad de la concesión» (S. de 22 de mayo de 1930). «La facultad discrecional que a la Administración activa se atribuye en materia de aguas, se extingue al otorgar las concesiones con arreglo a las prescripciones legales y las solicitudes de concesión y una vez hechas estas concesiones, nace, a favor del concesionario, un derecho que debe respetar la misma Administración, y si lo vulnera con acuerdos o resoluciones posteriores puede hacerse efectivo mediante el correspondiente recurso contencioso» (Ss. de 21 de junio de 1930 y 5 de junio de 1924). «La R. O. que aprobó la constitución de un ferrocarril particular y autorizó su explotación, causa estado y es declaratoria de derechos, por lo cual si se hizo firme por no haber sido recurrida en tiempo hábil, no puede ser reformada por la Administración, pudiendo la parte que obtuvo la concesión seguir explotando la línea férrea, sin otras restricciones que las impuestas por los Reglamentos de Policía o Seguridad pública, y con las condiciones consignadas en la R. O. de autorización» (S. de 28 de octubre de 1908). «Si bien las concesiones pertenecen en cuanto a su otorgamiento a la potestad discrecional y pueden denegarse cuando así se estime conveniente, sin que al peticionario asista derecho alguno administrativo lesionable

que le autorice a reclamar contra la negativa; cuando se otorgan y más aun, cuando se realizan las obras que constituyen la parte onerosa de la concesión, créase, a favor del concesionario, un perfecto derecho que la Administración está en el deber de respetar mientras no concurren causas de caducidad o por razones de interés general deba ser revocada con la indemnización correspondiente, sin que pueda la Administración por sí declarar nula la concesión, pues en todo caso correspondería esa facultad a la jurisdicción contencioso-administrativa con los requisitos que para ello se establecen en las leyes» (S. de 14 de marzo de 1922).

«Es principio general ya básico en nuestra doctrina jurisprudencial que la Administración, en cualquiera de sus grados, carece de facultad para modificar por sí misma, sus propias resoluciones declaratorias de derechos; por lo que cuando advierte y entiende que un acuerdo de esa naturaleza es lesivo a sus intereses, no puede desposeer del derecho que creó a quien ha venido a ser sujeto del mismo, sino que precisa que con las debidas formalidades, declare la lesión de sus intereses producida por tal acuerdo como trámite previo para acudir a la vía contenciosa y conseguir en ella su revocación o anulación, si así procediere» (Ss. de 17 de diciembre de 1927, 2 de octubre de 1939, 21 de junio de 1940, 14 de junio de 1946). Sin embargo, «todo contrato administrativo ha de estar forzosamente sometido a normas determinadas en los preceptos legales atinentes y en caso alguno puede la Administración activa considerarse ligada por un verdadero contrato sobre prestación de un servicio público, cuando aun no ha existido, o de existir, no ha revestido las garantías, solemnidades y requisitos que las leyes imponen» (S. de 9 de noviembre de 1933).

El principio de intangibilidad de la concesión se conecta como se ha dicho a la eficacia de cosa juzgada, consustancial a los actos administrativos declaratorios de derecho una vez que han sido devenidos firmes. Coexistiendo, junto a este principio formal, el principio material de la irrevocabilidad de los actos administrativos declaratorios de derechos que avoca a técnica legal diferente, conectada a la inmutabilidad relativa del acto a virtud del principio *venire contra factum proprium* (49 bis). Justamente el carácter de la parte que a la Administración afecta en la relación concesional, le impone el deber de respetar la concesión aun antes de que ésta adquiera la eficacia de cosa juzgada, ya que como ha dicho la S. de 3 de enero de 1944 «en el orden jurídico administrativo, igual que en el civil, los contratos son causa de obligaciones que han de cumplirse a su tenor con fuerza de ley». «La orden

(49 bis) Cfr. J. GONZÁLEZ: *La revocación de los actos administrativos*, y M. ALONSO OLEA: *Revocación de los actos administrativos en materia de personal*, en esta Revista, número 1.

de concesión y, en general, del acto administrativo que la otorga, es la ley que regula el contrato entre partes y a sus términos han de atenerse éstas, así respecto a las facultades que al concesionario se otorgan como a las condiciones que se le imponen y a las consecuencias que el incumplimiento de éstas lleva consigo» (S. de 26 de mayo de 1923). El carácter del acto administrativo, a virtud del cual se otorga la concesión como ley reguladora de las relaciones de orden bilateral que de ellas surgen entre la Administración otorgante y la persona individual o jurídica concesionaria como norma primariamente aplicable ha sido afirmada reiteradamente por la Jurisprudencia (Ss. de 18 de abril de 1874, 31 de mayo de 1910, 6 de mayo de 1911, 1 de julio de 1920, 6 de diciembre de 1924; 18 de abril de 1925). «Según lo establecido en nuestra legislación de Obras Públicas, el sistema de concesión y su basta es un medio más seguro, equitativo y justo y al mismo tiempo el más económico para realizar las obras públicas, constituyendo aquel sistema un orden legal de relaciones jurídicas entre la Administración y los contratistas de aquellos servicios, del que no puede apartarse la parte interesada y son como inmutables preceptos que regulan las vicisitudes porque han de atravesar en sus relaciones durante el plazo de los contratos» (S. de 11 de diciembre de 1916); «al otorgar el Estado la concesión, determinó los derechos y deberes del concesionario, así como los de la Administración, lo mismo la central o general que la municipal, quedando ambas sujetas a la Ley del contrato y sin otros derechos fuera o por encima de él que aquellos que nazcan de las leyes de carácter general con las limitaciones que éstas establezcan» (S. de 7 de febrero de 1914). «La concesión es un verdadero contrato bilateral creador de obligaciones recíprocas» (S. de 6 de mayo de 1911); la Jurisprudencia ha establecido de modo constante la doctrina de que «en las concesiones otorgadas por el Estado a los particulares para la ejecución de obras públicas conforme a las disposiciones del Cap. VI de la Ley de 7 de mayo de 1880, las condiciones que sirven de base y que, conforme al art. 58 de la citada Ley, han de insertarse en el pliego de la adjudicación constituyen las normas de las obligaciones recíprocas entre la Administración y el concesionario y la base que regula sus respectivos derechos» (S. de 27 de septiembre de 1912).

El fundamento general de la intangibilidad de la concesión por la Administración deriva, pues, del carácter de parte en esta relación jurídica que a la Administración alcanza en conexión con el principio general de la imposibilidad del *venire contra factum proprium* sobre el mismo objeto; de ahí que «por la misma razón de su importante trascendencia, el principio de que la Administración no puede por sí misma volver de sus anteriores acuerdos, cuando sean declaratorios de derechos, exigen que la declaración del derecho pronunciado con anterioridad se

concrete e identifique con eventuales declaraciones posteriores» (Ss. de 6 de junio de 1910 y 6 de diciembre de 1940).

La irrevocabilidad de la concesión comienza con la perfección del acto administrativo de su otorgamiento. A estos efectos es preciso tener en cuenta, como hace la S. de 27 de marzo de 1924, que «en el nacimiento y desarrollo de todo contrato se distinguen y diferencian perfectamente tres períodos: de preparación, de perfección y consumación; caracterizado, respectivamente, el primero, por la previa inteligencia de las partes para llegar a un acuerdo respecto de la cosa o materia propia del mismo, la causa de aquella modalidad o circunstancia accidental que sin variar la esencia o naturaleza del contrato constituye las condiciones especiales bajo las que las partes le estipulan y a las que se someten expresamente; la de perfección, que le da existencia y vida legales y se caracteriza por el consentimiento manifestado en el concurso de la oferta y la acepción sobre las cosas y causas del mismo y sus actuaciones esenciales, es decir, la inteligencia previa ya consumada con eficacia legal para obligar a las partes; y el de consumación propiamente dicho, constituido por el recíproco cumplimiento de todas las obligaciones derivadas de las condiciones bajo las que el contrato fué estipulado o concertado y que pone término a la relación jurídica que de aquél nace entre los contratantes.» En este sentido las inteligencias previas o la misma solicitud de la concesión que a estas equivale no obliga a la Administración en los supuestos normales. «La relación jurídica entre la Administración y el concesionario, esto es, la que para ambos crea mutuos derechos y obligaciones, no nace hasta que por medio de subasta se otorga la concesión al mejor postor; antes de ese hecho de la subasta no hay, en el curso del expediente desde que se inicia con la presentación del proyecto, ningún hecho capaz de engendrar vínculo alguno entre el peticionario y la Administración» (S. de 24 de noviembre de 1916, y en el mismo sentido la de 14 de octubre de 1916).

Se exceptúa de este régimen general el supuesto de la concesión minera, ya que en este caso es la propia solicitud, siempre que existan terrenos francos y registrables, la que determina el origen de los derechos del concesionario. Empero, en estas mismas concesiones, la eficacia de la solicitud está supeditada a la real existencia de terreno franco y registrable, de modo que la «solicitud de un registro minero no tiene más significación, según la Jurisprudencia tiene reiterado, que la *expectativa de un derecho*, el cual nace sólo de la concesión gubernativa, que es la que otorga la propiedad minera, y ninguno confiere si se deja sin efecto la declaración de caducidad de la concesión anterior sobre los mismos terrenos solicitados, pues únicamente si esta caducidad subsiste, surge a su favor el de obtener la concesión con sujeción a las disposiciones vigentes» (S. de 16 de mayo de 1931). En cuanto a la extensión del principio de

irrevocabilidad es lógico que se refiera a aquellos supuestos en que el acto administrativo concesional sea válido, ya que en otro caso, subsiste el poder de auto-impugnación de la Administración activa, que puede incluso desconocer el acto inválido (50). Así, «todo contrato administrativo ha de estar forzosamente sometido a normas determinadas en los preceptos legales atinentes, y en caso alguno la Administración activa puede considerarse ligada por un verdadero contrato sobre prestación de un servicio público, cuando aun no ha existido, o de existir, no ha revestido las garantías, solemnidades y requisitos que las leyes imponen» (S. de 9 de noviembre de 1933). Sin embargo, si la propia Administración no impugna en tiempo hábil una concesión otorgada con las solemnidades requeridas, aunque con vicios internos del supuesto de hecho, el mero transcurso del tiempo provoca la convalidación que, no obstante, no puede alcanzar sino a los actos verificados con apariencias de validez, por lo que quedan excluidos los realizados sin forma solemne (Real Decreto Circular de 15 de diciembre de 1928 y S. de 4 de junio de 1950).

No obstante, esta afirmación se refiere sólo a los vicios jurídicos propiamente dichos, ya que no puede la Administración alegar que las condiciones en que la concesión se otorga le sean perjudiciales para variar las cláusulas de la propia concesión, pues estos defectos únicamente pudo subsanar o remediar el perjuicio en el momento del otorgamiento» (S. de 18 de octubre de 1911). El alcance del principio sólo se extiende a lo expresamente pactado, pues que en supuesto contrario, debe afirmarse el principio general, según el cual «la Administración tiene facultad para resolver discrecionalmente todo aquello que no esté previamente reglado» (Ss. 13 de febrero de 1911 y 11 de junio de 1928) (51).

El principio de intangibilidad alcanza a la concesión como unidad y a las consecuencias derivadas de la misma: subvenciones, exenciones, tarifas, cargas, arbitrios y prórrogas.

En cuanto a la concesión como unidad se ha establecido que después que el otorgamiento estuvo vigente y produjo efectos jurídicos, sin protestas ni reclamaciones durante un período mayor de cuatro años, la concesión deviene firme sin que sea lícito a la Administración ignorarla o contradecirla» (S. de 6 de febrero de 1920), ya que «de modo normal las condiciones de la concesión no pueden variarse sin previo acuerdo o convenio con el concesionario» (S. de 6 de diciembre de 1948).

En cuanto a las subvenciones se sigue también el principio general de que «una vez otorgadas crean un estado de derecho que la Admi-

(50) LOUIS DELBEZ: *La Revocation des Actes Administratives*, en la «Revue de Droit Public et de Science Politique», 1920, núm. 45; LAFERRIÈRE: *Traité de Jurisdiction Administrative*, tomo I, págs. 407 y 408, y JESÚS GONZÁLEZ: op. cit.

(51) CANNADA BARTOLI: *L'innapplicabilità degli Atti Amministrativi*, Guiffré, 1950, págs. 142 y ss.

nistración no puede modificar por sí en perjuicio del concesionario» (S. de 26 de marzo de 1924, refiriéndose a las de 9 de noviembre de 1904, 18 de octubre de 1910, 24 de junio de 1914 y 27 de abril de 1915), «sin que pueda considerarse como acto de liberalidad que pueda ser modificado o anulado por la sola voluntad de la Administración otorgante, ya que se establecen como condiciones esenciales de determinado pacto contractual, modificable tan sólo por posterior estipulación expresa con el concurso y voluntad de ambas partes contratantes, y, además, ni aun siendo tal acto de liberalidad podría dejar de cumplirse habiendo sido pactado» (Ss. de 30 de septiembre de 1911, 5 de abril de 1940); «puesto que la Administración al conceder subvención se limita a sí misma, convirtiéndose en reglada la facultad discrecional de otorgar o no auxilio en metálico» (S. de 10 de marzo de 1936). De otro lado, tan extensivamente se ha entendido esta inmutabilidad subvencional, que se ha llegado a afirmar (S. de 3 de mayo de 1932) que «el ofrecimiento de la subvención constituye de suyo un contrato irrevocable, ya que, conforme al principio espiritual que inspira el moderno Derecho de obligaciones, y especialmente en nuestra legislación desde el Ordenamiento de Alcalá, la oferta o declaración de voluntad que se hace constituye por sí misma un acto jurídico obligatorio desde que llega al conocimiento de la otra parte, pudiendo ser aceptado en cualquier tiempo mientras el promitente persevera en su propósito, a tenor de la Ley 1.ª, Tít. II, Partida 5.ª, y de los artículos 1.091, 1.254 y 1.261 del Código Civil» (auxilios para la construcción de un ferrocarril); también para el concesionario rige el mismo principio de inmutabilidad de la subvención, en el sentido de que debe respetar la afectación dada a la misma, en aplicación del principio general: *quod ad certam speciem relinquitur in alios usos convertere non licet* (Dig. tít. VIII, *De administratione rerum ad civitates pertinentium*, 1, libro X), siendo discrecional de la Administración acceder a la solicitud de conversión de la afectación (S. de 22 de diciembre de 1942). La inmutabilidad recíproca de la subvención no implica que no se pueda llegar, por mutuo consentimiento, a la novación objetiva de la misma (S. de 10 de junio de 1930).

En cuanto a la naturaleza de la concesión, la S. de 22 de enero de 1946 la ha delimitado: «La palabra subvención se refiere a la acción y efectos de subvenir, y ésta, a su vez, es sinónimo de auxilio, socorro, amparo, que de modo bien patente envuelve la idea de desprendimiento, y repugna la de reintegro o resarcimiento, más propiamente expresada con la de préstamo o anticipo, que hacen relación a la contingencia de la entrega y a su devolución en plazo más o menos largo; la mayor o menor propiedad en el empleo de esta palabra dentro de una disposición legal o reglamentaria no puede influir para que el verdadero concepto varíe y la interpretación ha de ajustarse a lo que en realidad

constituye el contenido de la disposición y no a la expresión que más o menos acertadamente se haya empleado para darlas a conocer.» Igual rigidez tiene el principio de intangibilidad de la concesión respecto a las exenciones otorgadas, que, según ha definido la Jurisprudencia, no lo son con el carácter de privilegio, sino como compensación al concesionario (Ss. de 30 de septiembre de 1939, 29 de diciembre de 1940, 23 de mayo de 1941, 25 de noviembre de 1942, 11 de junio de 1942, 4 de enero de 1951), privativa del mismo, sin que, por tanto, alcance a quienes con él contratan (Ss. de 13 de enero y 27 de febrero de 1930, 19 de mayo de 1933, 11 de junio de 1942, 9 de febrero de 1945, 12 de febrero de 1946).

No obsta este principio a la interpretación restrictiva, consustancial a las exenciones tributarias (Ss. de 4 de mayo de 1925, 12 de mayo de 1932, 19 de mayo de 1933, 15 de enero de 1941). En cuanto a las tarifas normalmente conectadas a la concesión del servicio público, también la Administración carece de facultades para rebajarlas, mientras las mismas no infrinjan las disposiciones legales aplicables al caso (Sentencias de 24 de diciembre de 1909, 30 de junio de 1913, 26 de diciembre de 1914, 24 de diciembre de 1921, 18 de enero de 1918 y 23 de marzo de 1936), y ello «ni siquiera a pretexto de una imposición de carácter general, que no lo es tal». (Ss. de 18 de mayo de 1933 y 12 de junio de 1935). Sin embargo, a pesar de que la Administración carezca de facultades para intervenir en las tarifas, ello no obsta a que las tenga para inspeccionar cómo se realiza y hacer que se cumpla debidamente en este aspecto la concesión de un servicio de carácter público, imponiendo la observancia de leyes y reglamentos de la policía, higiene, sanidad y cualesquiera otras disposiciones legales vigentes sobre la materia (Ss. de 3 de febrero de 1925 y de 18 de mayo de 1933). Además, «si es cierta la ausencia de disposiciones taxativas en materia de tarifas ferroviarias que regulen la decisión de discrepancias entre dos concesionarios, es también incuestionable que esta laguna no pueda significar obstáculo para que la Administración pública si entiende que el problema afecta a los intereses de la producción, que son públicos y generales, resuelva lo que conceptúe más conveniente a los mismos, actuando facultades que le incumben en ese respecto y son privativas suyas, que por su carácter son móviles y por su finalidad revisten naturaleza, bien calificada, de discrecionales» (S. de 7 de junio de 1943). De este modo, la Administración puede, sin alterar las tarifas, regularlas o especificarlas de la forma más conveniente al bien común (S. de 27 de octubre de 1942). «El servicio de abastecimiento de aguas es de carácter de interés público por su naturaleza y definición legal, y esto justifica que la Administración pueda y deba estar informada en todo caso de las condiciones en que el suministro se preste, siendo preciso para ello que la Empresa

haga conocer a la Administración las alteraciones que establezca en sus tarifas al solo fin de que la Corporación, en presencia de las situaciones que plantee cualquier novedad, tenga posibilidad para alcanzar por sí misma o recabándola de la Administración Central solución legal que resuelva un conflicto entre el interés público y el estado de derecho en que se halla la Empresa concesionaria» (Ss. de 31 de mayo de 1911 y 28 de abril de 1943); limitándose así la libre facultad tarifaria otorgada en la concesión. De otro, la inmutabilidad de las tarifas, salvo este caso de su expresa libertad, obliga también al concesionario, que sólo tiene a su disposición la facultad de solicitar de la Administración el aumento, siendo discrecional de ésta el concederlo (S. de 11 de junio de 1932, Auto de 18 de mayo de 1932). En lo que afecta a las cargas impuestas al concesionario se sigue también el mismo principio: «No tiene la Administración facultad para variar sustancialmente las obras a cuya construcción se obligó al concesionario, alegando para ello unas molestias y unos perjuicios que pudieran y debieron preverse, sin que previamente se indemnicen los perjuicios a los intereses y legítimos derechos creados al amparo de una concesión administrativa con arreglo a la ley y por autoridad competente, único modo de armonizar los derechos de todos de acuerdo con la equidad y la justicia (Ss. de 10 de octubre de 1911 y 23 de junio de 1930).

Relativamente a los arbitrios, el principio mantiene su general vigencia (S. de 22 de diciembre de 1892 y A. de 11 de diciembre de 1908); pero «si bien en la concesión otorgada existe un contrato que establece derechos y obligaciones recíprocos que no pueden ser variados sin mutuo consentimiento, no habiéndose pactado expresamente la exención de arbitrio municipal, no rompe la estabilidad contractual la exacción de arbitrios que se hallan establecidos precisamente con carácter general» (S. de 21 de febrero de 1942).

En cuanto a las prórrogas, el principio mantiene su vigencia general. Si bien «la concesión de prórroga para cumplir una obligación o realizar un servicio, tiene por su propia naturaleza el carácter de gracia o beneficio a favor de quien la solicita, cayendo, por tanto, dentro de la facultad discrecional la resolución que la deniega (S. de 15 de diciembre de 1908, A. de 18 de junio de 1918, Ss. de 7 de abril de 1931, 21 de febrero de 1936); una vez concedida, no puede la Administración revocarla sin la previa declaración de lesividad» (S. de 6 de noviembre de 1935). Delimita la naturaleza de la prórroga nuestra Jurisprudencia al especificar que, en cuanto a la solicitud de la misma, «no puede entenderse en manera alguna como acto de infracción de las condiciones concesionales previamente aceptadas» (S. de 12 de febrero de 1932), y en cuanto a su otorgamiento, que «a virtud de la teoría genuinamente del Derecho civil sobre la exculpación que la prórroga supone y la ficción

jurídica que crea del cumplimiento en el plazo prorrogado, implica la condonación de infracciones anteriores a la renovación, pero no crea derecho a beneficios ulteriores» (S. de 24 de abril de 1928), pudiendo incluso admitirse una concesión de prórroga tácita por el consentimiento de la Administración sin protesta del retraso (S. de 28 de abril de 1913).

El alcance del principio de intangibilidad solamente se conecta, como ya se dijo, al supuesto en que la concesión sea firme y no adolezca de vicio que provoque su nulidad; así la Administración no está obligada a respetar la concesión cuando ésta adolece de un vicio de incompetencia en su otorgamiento, ya que no presta su consentimiento el Estado sino a través de funcionarios competentes (S. de 1 de diciembre de 1923), y en este caso «como acto ejecutado por quien no estaba capacitado para efectuarla y efectuado no solicitó ni obtuvo convalidación o ratificación del hecho, es ineficaz, con relación al propio Estado, pues siempre sería de aplicación el art. 1.259 del Código civil, porque quien contrata no tiene la autorización ni representación legal necesaria para su validez. ni este defecto esencial puede ser desconocido al particular contratante» (Sentencias de 3 de marzo de 1913 y 1 de diciembre de 1923).

Sin embargo, hasta tal punto alcanza la vigencia del principio general de la permanencia del acto emitido, que la presunción de validez del acto administrativo hace que incluso en estos supuestos de incompetencia el mero transcurso de los cuatro años para la declaración de lesividad provoque de rechazo la convalidación de acto nulo en su origen (S. de 28 de septiembre de 1940).

Naturalmente, la intangibilidad de la concesión, tanto para la Administración (S. de 6 de marzo de 1924) como para el concesionario (S. de 30 de mayo de 1934), sólo alcanza y tiene vigencia al período por el que la concesión temporal se otorgó.

Todo lo expuesto en este epígrafe se refiere al carácter de parte de la Administración *versus* el concesionario. Mas queda el problema alejado de delimitar la vigencia en la relación concesional del principio de unidad de la Administración. A estos efectos, es evidente que tal principio juega con total virtualidad en la esfera de la Administración Central, siempre que se dé el supuesto de la validez intrínseca del acto. Mas no ocurre así entre distintos planos administrativos —Central, Provincial y Municipal—, por lo que un acto de la Administración Central puede ser impugnado por un Ayuntamiento, si entiende que se verificó con lesión de sus derechos (Ss. de 5 de abril de 1905 y 11 de mayo de 1920), o con manifiesta incompetencia, ya que, como dice la S. de 29 de septiembre de 1950, «la distribución funcional entre las tres esferas administrativas integran una normativa que representa la garantía de los derechos que asisten a los particulares en sus relaciones con los Poderes públicos, por lo que es de rigurosa e indeclinable observancia».

En el supuesto contrario, es idéntica la conclusión a que ha de llegarse necesariamente. En todo caso importa poner de relieve lo ya antes dicho sobre la convalidación que se opera por el transcurso de los cuatro años para lesividad, por lo que una concesión otorgada por órgano incompetente deviene firme y alcanza eficacia absoluta de cosa juzgada si no es en tiempo hábil impugnada. El carácter de parte del órgano administrativo concedente se conserva a través de todas las vicisitudes de la concesión, por lo que «la autoridad competente para otorgar la concesión es la competente también, a falta de precepto expreso que lo contradiga, para declarar la caducidad de la concesión que otorgó» (S. de 17 de noviembre de 1920). A estos efectos se verifica una quiebra del principio de unidad de la Administración, en cuanto a la declaración de ineficacia en el supuesto previsto por el art. 13 de la Ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911, según el cual «los actos y contratos realizados en perjuicio de la Hacienda pública por los funcionarios o particulares que resulten deudores de aquélla serán rescindibles, con arreglo a las prescripciones generales del Derecho». Se opera de este modo una efectiva acción pauliana (art. 1.111 del Código civil), con alcance de *restitutio in integrum ob fraudem*. Si en la vía de lesividad se mantiene el principio de unidad administrativa este principio quiebra, por el contrario, en la *actio pauliana*. En definitiva, la Hacienda se erige así en todo caso como tercero.

3.—Incumplimiento de la Administración como parte.

El principio de intangibilidad de la concesión por cuanto la Administración es parte del acto, produce que su incumplimiento o desconocimiento provoque una pretensión de indemnización del concesionario contra la Administración. Nuestra Jurisprudencia que, sin pretenderle dar un alcance definitivo, se refiere a la concesión administrativa como contrato bilateral, ha señalado consecuentemente que el incumplimiento de dicho contrato por la Administración genera una acción de daños y perjuicios o, en general, de indemnizaciones a favor del concesionario (Ss. de 3 de diciembre de 1896, 20 de octubre de 1899, 22 de diciembre de 1902, 7 de octubre de 1913 y 27 de mayo de 1913). Esta indemnización se debe en los casos de culpa o morosidad de la Administración y también en los supuestos de actos realizados por la Administración en contra del contenido de la concesión por *hecho del Príncipe*. En el primer supuesto, la indemnización alcanza los daños y perjuicios evaluados según el art. 1.101 del Código civil, siempre que el concesionario justifique la existencia de los perjuicios sufridos (S. de 3 de enero de 1920). También en los supuestos de inexistencia de culpa o negligencia es debida la in-

demnización al concesionario; así «la Administración está obligada a indemnizar a quienes con ella contratan la prestación de un servicio público por los perjuicios ocasionados a los mismos, a consecuencia de la prohibición indebida del ejercicio de sus contratos o por las alteraciones de la prestación remunerada del servicio público, sin que sea excusa plausible para no indemnizar la conveniencia general del servicio público» (S. de 5 de noviembre de 1923). En este caso, se aplica por la Jurisprudencia en vía subsidiaria los arts. 1.091 y 1.265 del Código civil; «la alegación de causas imprevistas que pudieran comprometer altos intereses públicos confiados a la custodia de la Administración como argumento para prescindir o modificar el contrato de concesión tiene como consecuencia ineludible, si en tiempo hábil no se declara este lesivo a los intereses públicos y se impugna ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la obligación de reparar el daño que con ello se origine al concesionario en la cuantía que sea determinada en el expediente que para determinarlo debe instruir la Administración» (Ss. de 6 de junio de 1925 y 7 de diciembre de 1927). La pretensión indemnizatoria en ambos supuestos prescribe al año (art. 24 de la Ley de 1 de julio de 1911 y S. de 13 de mayo de 1925).

4.—*Las excepciones al principio de intangibilidad respecto a la Administración.*

Más que excepciones al general principio de intangibilidad de la concesión en cuanto acto administrativo firme y declaratorio de derechos, se trata de supuestos a los que no alcanza la cobertura protectora del principio. Estos casos excluidos del principio de inmutabilidad, se originan bien por razón contractual o bien por razón de imperio público. Al primer supuesto responde la llamada concesión en precario. La precariedad de la concesión puede, a su vez, obedecer o bien a imperativo legal (52), o bien a estipulación concreta de las cláusulas de concesión a que se refieren paralelamente las llamadas concesiones provisionales.

La naturaleza de la cláusula de precariedad en las concesiones administrativas, debe configurarse como un caso especial de una modalidad específica en el contenido eventual de los actos administrativos, cual

(52) Art. 72 del Reglamento vigente de pesca fluvial: «La Administración se reserva en todo caso 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 ninguna»; art. 5.º Ley de 5 de octubre

es la llamada por LUCIFREDI (53) *reserva de revocación*. En la doctrina se ha discutido intensamente la naturaleza misma de la revocación (54), por lo cual el carácter de la reserva que a esta idea afecta sigue en la doctrina las fluctuaciones de la noción principal. PEQUIGNOT (55) delimita la noción de precario conectándola a la idea de modificación prevista con la consecuencia de no implicar indemnización alguna por la alteración administrativa (56). Esta idea de tipificar la noción de precario por la inexistencia de indemnización, es también la adoptada por nuestra Jurisprudencia (Ss. de 29 de abril de 1911, 15 de abril de 1931 y 23 de enero de 1932), añadiéndole la idea de inimpugnabilidad del acto administrativo que declara la ineficacia de la concesión precarial por motivos de oportunidad (Auto de 13 de mayo de 1908, Ss. de 20 de mayo de 1946 y 27 de mayo de 1946).

Alguna Sentencia aislada ha configurado la concesión a precario partiendo de ideas puramente civilistas, así la S. de 17 de mayo de 1932 «la tenencia material de terrenos sin mediar precio o merced y sujetos a cláusulas revocatorias incondicionales, patentiza el carácter precario de aquélla, a lo que no es obstáculo la circunstancia de fundarse en acto administrativo, pues análoga cualidad jurídica revisten otras concesiones plenamente reconocidas como posibles en la legislación española, ya en la esfera administrativa general, como las previstas en el art. 5.º de la Orden de 6 de agosto de 1913 sobre servidumbre de paso en carreteras, ya en la puramente local, según se advierte en los arts. 37 y 38 del Real Decreto de 17 de octubre de 1925 que reglamentan la entrega para fines agrícolas de terrenos comprendidos en montes comunales».

de 1940, concesión de trolebuses a extranjeros; Ley de Puertos, concesión para edificios transportables o no fijos. y, en general, las llamadas en dicha Ley autorizaciones, etc., etc.

(53) Op. cit., págs. 195 y ss., núm. 40. La consulta 4.471 de 12 de mayo de 1949 del Consejo de Estado, manifiesta, respecto a la naturaleza del ejercicio del precario. «La precariedad de la concesión viene, en definitiva, a traducirse en el otorgamiento al Estado de un derecho de conformación jurídica o *res facultatis*, tal como lo define la S. de 3 de marzo de 1942».

(54) LUCIFREDI indica los siguientes criterios seguidos por la doctrina respecto a la idea de revocación: A) Revocaciones es la rescisión de un acto administrativo por la autoridad que lo dictó sea legítima o ilegítima, oportuna o inoportuna, contraponiéndose así a la idea de nulidad (RANNELLETTI, BORSI y D'ALESSIO). B) Rescisión de un acto administrativo por parte de un órgano perteneciente al sujeto que lo dictó, contraponiéndose a anulación en que el acto es declarado ineficaz por el mismo órgano emisor (ALESS). C) Ineficacia por motivos de oportunidad (DE VALLÉS). D) Ineficacia por motivos de mérito, declarada por cualquier autoridad, contraponiéndose a la anulación que lo es por el órgano superior jerárquico (RAGGI). E) Toda ineficacia declara *ex nunc* (IPSEN). F) Ineficacia de un acto válido por sobrevinencia que altere la valoración.

(55) Op. cit., pág. 470.

(56) La inexistencia de indemnización por el ejercicio de la reserva de revocación, es elemento que tipifica la naturaleza de esta cláusula eventual; RESTA: *La revoca*

Por razones de imperio, también la Administración se reserva, sobre todo en las concesiones de servicio público, la facultad explícita o implícita de alterar determinados elementos del contenido concesional en los supuestos en que éstos afecten a terceros. Como ha dicho PEQUIGNOT, a la inmutabilidad del contrato de servicio público, ha sucedido en nuestros tiempos la inmutabilidad del servicio público y la posibilidad consiguiente de modificar el contrato. Cuando se trata de concesiones (57) respetando las facultades del concesionario, hay que sobreponer, señaladamente en los de larga duración, a la letra de las estipulaciones, el fin de la concesión, norma suprema que combina todo el influjo material de la realidad colectiva con la espiritualidad del propósito y la causa. El fin es la regla suprema y permanente, y contra sus exigencias no valen ni pueden invocarse imprevisiones inevitables de las estipulaciones de detalle. Es la ley que prevalece sobre sus desarrollos reglamentarios y variables; es el espíritu del contrato que precede a sus manifestaciones externas, es, por último, el criterio jurídico del Poder que exige el bien del servicio general, no el arbitrio libérrimo de los ciudadanos.

Este principio de la mutabilidad del contenido reglamentario de la concesión de servicio público, no alcanza a la concesión de dominio ya que en ésta el interés general es puramente reflejo de la utilidad privativa que se atribuye al concesionario. Por el contrario, en la concesión de servicio, la Administración actúa como tuteladora de los intereses de los terceros. Más adelante, al examinar el sistema de protección de los terceros usuarios del servicio público, se examinará esta cuestión y los criterios que en el sentido expuesto ha seguido nuestra Jurisprudencia, respecto al *jus variandi* atribuido a la Administración.

5.—*La eficacia subjetiva de la concesión respecto al particular, destinatario directo del acto.*

Además de la Administración, es parte en el acto concesional el particular o administrado, destinatario directo de aquel acto. En su carácter de parte, le alcanza también de modo directo el principio de intangibi-

degli atti amministrativi, págs. 61, 150, 168^o y 276; ALESSI: *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1942, págs. 63 a 65; RANNELLETTI: *Le guarentigie della giustizia nell'amministrazione*, en «Riv. Dir. Pub.», 1916 s., pág. 140; D'ALESSIO: *Instituzioni di Diritto Amministrativo italiano*, Torino, 1932, tomo II, pág. 210; ROVELLI: *Azioni di danni a seguito di revoca di atti amministrativi*, Foro Lombardo, 1934, 2-7. En el Derecho alemán se sigue la misma conclusión respecto a esta cláusula (*Widerrufsvorbehalt*).

(57) ALCALÁ ZAMORA, op. cit., pág. 13.

lidad. Este principio se concreta en cuanto al concesionario en la regla general *ne varietur*, prohibitiva de las modificaciones de la concesión por parte del concesionario. «El concesionario de aguas no está autorizado para dar *auctoritate propria*, mayor alcance que el que tiene expresamente su concesión» (S. de 10 de abril de 1916). «Los aprovechamientos de aguas concedidos dentro de los límites y condiciones determinados, no pueden alterarse por los concesionarios, y la R. O. que restablece dichos aprovechamientos a sus límites debidos por haber sido alterados, no produce ningún perjuicio ni lesiona derecho alguno de los concesionarios» (Ss. de 9 de octubre de 1923 y 28 de diciembre de 1935). De otro lado, la extensión, contenido e inteligencia de la concesión corresponde delimitarla a la Administración (RR. DD. CC. de 20 de septiembre de 1880, 14 de febrero de 1880, 27 de noviembre de 1880, 19 de septiembre de 1891, 30 de enero de 1882, 18 de abril de 1885, 21 de mayo de 1889, 18 de septiembre de 1914 y S. de 28 de febrero de 1916).

La aplicación del principio *ne varietur* supone como consecuencia que toda modificación esencial de las condiciones de la concesión necesite autorización expresa de la Administración concedente (Ss. de 8 de febrero de 1908, 3 de diciembre de 1925, 2 de marzo de 1932 y 28 de diciembre de 1935), sobre todo si en ellas se basa la Administración para adjudicar la concesión concurrida (S. de 8 de febrero de 1908). De otro lado, la autorización respecto a las alteraciones concesionales, siempre que éstas varíen lo esencial de la concesión, necesitan iguales trámites que si se tratase de una nueva concesión (S. de 22 de diciembre de 1950), siendo de todo punto discrecional de la Administración acceder o no a la alteración instada (Ss. de 23 de marzo de 1921 y 18 de junio de 1926), ya que toda modificación esencial implica de suyo novación objetiva de la concesión (S. de 12 de mayo de 1920).

De otro lado, es principio general que al otorgarse la concesión administrativa junto de los beneficios que implica, lleva consigo también la de determinadas obligaciones que asume el concesionario: *Princeps privilegia concedendo, videtur etiam obligationes concedere*. Si en un momento determinado el concesionario estima gravosas estas obligaciones o cargas, no puede impugnarlas una vez aceptadas y firme el otorgamiento, sin que se admita, como ha dicho la S. de 18 de junio de 1926, un *arrepentimiento tardío* del concesionario, corolario de lo cual es la imposibilidad de una libre renuncia abdicativa, que precisa siempre autorización administrativa (S. de 16 de diciembre de 1941) para que el concesionario quede exonerado de las cargas concesionales, salvo el caso de que se trate de concesión demanial pura (S. de 10 de diciembre de 1941) en que basta la notificación a la Administración. «No es posible admitir en buenos principios de Derecho el que cualquier contratante o concesionario del Estado, por cansancio en el cumpli-

miento de sus deberes o por arrepentimiento de haberlos contraído. pueda desligarse de sus obligaciones; éstas no pueden renunciarse como los derechos, sin la consecuencia de compensar su incumplimiento con la pérdida de la fianza establecida por la Administración en todas sus concesiones de servicio público, precisamente para que se responda de los deberes que con ella se contraen y para evitar abandonos y renunciaciones» (S. de 1 de mayo de 1911).

La intangibilidad de la concesión por el concesionario, provoca la responsabilidad de éste cuando el contenido de la concesión queda incumplido. El incumplimiento expreso, determina la caducidad de la concesión y la reversión de la misma con pérdida de la mal llamada fianza, que no es otra cosa que un depósito necesario (Ss. de 23 de octubre de 1925 y 14 de noviembre de 1922). En los servicios públicos la Administración dispone, sin embargo, de una gran multitud de sanciones específicas que impiden llegar a la máxima sanción cuando se trate de faltas no graves del concesionario que, de llevar consigo la caducidad, no haría sino perturbar la continuidad y regularidad inherentes al servicio. Como ha dicho la S. de 22 de diciembre de 1920 «existe una facultad del Estado para intervenir en la reglamentación bajo sus diversos aspectos del esencialísimo servicio público que suponen los ferrocarriles y, por ende, la potestad coercitiva consustancial a aquellas, consagradas a mayor abundamiento ambas en multitud de resoluciones particulares de orden gubernativo». Aparte de esta facultad sancionadora que más adelante se estudiará en detalle en cuanto afecta a los intereses de los terceros usuarios de los servicios públicos, es preciso indicar cómo la responsabilidad del concesionario alcanza también a los supuestos específicos y excepcionales de *culpa in contrahendo*; en este sentido, «el licitador es una subasta de aprovechamientos forestales, que desplaza a los demás licitadores ejerciendo el derecho de tanteo y después de obtenido el remate a su favor no cumple las obligaciones que contrajo, desertando de las obligaciones que voluntariamente asumió, debe responder de los daños y perjuicios» (S. de 10 de marzo de 1920), así como en los casos en que habiendo quedado rematante no otorgue por su culpa la escritura correspondiente (S. de 17 de febrero de 1923); del mismo modo «es responsable el concesionario si no constituye la obligatoria fianza aun antes de expedirse la R. O. otorgando la concesión» (S. de 18 de febrero de 1892). Una adicional responsabilidad sin culpa se establece para los casos en que resulte imposible para las partes contratantes el cumplimiento de las reglas establecidas en la concesión, cuando no pueda resolverse el conflicto por la vía del estricto derecho, y referente a la reparación de daño sufridos por la parte perjudicada con abono de la correspondiente indemnización (Ss. de 4 de julio de 1911 y 2 de diciembre de 1914).

B.—Eficacia subjetiva relativa: «*Res inter alios*».

1.—El concepto de tercero administrativo.

El negocio jurídico en general concluído con una persona despliega consecuencias en cuanto a otras por virtud de la especial posición de la primera respecto al objeto del negocio, posición que puede configurar un derecho propio a disponer de intereses ajenos o ser un simple poder en relación al titular, o bien, por último, derivar de un fin de tutela a los terceros de buena fe. Estos efectos no son directos y no son, como ha dicho BETTI (58), referibles a la finalidad del negocio, ni tampoco necesariamente conexos a la normal previsión de las partes.

El mismo carácter de derecho real que a la concesión de dominio y a las de servicio con dominio subordinado, alcanza, provoca que respecto a los terceros (*poenitus extraneus*) se produzca también cierta eficacia, bien de modo directo bien a título reflejo, no *ex vi conventionis*, si no *ex dispositione juris*, consecuencia sólo de la inevitable repercusión derivada de la naturaleza del propio acto. Como ha dicho la S. de 5 de julio de 1945, repitiendo en cierto modo la S. de 3 de octubre de 1883, «la concesión es un derecho subjetivo a favor de determinadas personas, el concesionario, en cuanto faculta para utilizar o aprovechar con exclusión de todos los demás una cosa material, por lo que ningún punto de contacto, ni por tanto de posible colisión tiene con un derecho personal emanado de contratos, del mismo modo que el derecho personal carece de trascendencia sobre aquel otro de naturaleza real, puesto que los contratos como todos los actos jurídicos en general por imperio del principio de derecho *res inter alios acta nobis nec nocet nec prodest*, consagrado en el art. 1.257 del Código civil, no producen efecto respecto a los terceros que en ellos no han intervenido como partes».

Examinada la delimitación del concepto de parte de la relación jurídica concesional, importa ahora acotar el terreno relativo a la idea del tercero administrativo. En efecto, una idea puramente privatista del tercero, como aquel que no figura en la relación como parte (59), implicaría desorbitar la idea del tercero administrativo. El que el derecho real administrativo tenga eficacia frente a todos, debe entenderse tan sólo como un contenido potencial, que obliga eventualmente

(58) Op. cit., pág. 192.

(59) Tal es el concepto que se expone, por ejemplo, en el Diccionario de la Real Academia, persona que no es ninguno de los dos o más de quien se trata, o que intervienen en un negocio de cualquier género.

a cualquier persona que entre en relación con este derecho a respetar el contenido del mismo; pero no implica que el resto del mundo tenga a modo de una obligación negativa, ya que ello implicaría tanto como configurar al derecho real como un agujero rodeado por un deber general de abstención. Si en el derecho real este contenido es puramente potencial, al tratar la cláusula sin perjuicio de tercero nos encontramos ya, no con un contenido eventual o contingente de los posibles perjuicios futuros, sino ante la existencia real, concreta y determinada de ciertos perjuicios. Importa por ello delimitar qué perjuicios son relevantes en Derecho y cuáles carecen de operatividad alguna. A estos efectos sería quizá conveniente traer a colación el problema expuesto por JHERING, del parásito jurídico (*Rechtsparasit*): un propietario de un fundo situado detrás de otro, dominante en una servidumbre de *altius non tollendi*, se encuentra favorecido por este derecho real de que otro es titular; pero en modo alguno, si desaparece la servidumbre, experimenta un perjuicio que en derecho sea relevante.

De otro lado, la lógica misma y la experiencia demuestran que es absurdo suponer concentrados sólo en los interesados directos o partes los efectos del negocio jurídico, en tanto que en realidad, además de los efectos internos queridos y previstos *inter partes*, se verifican otros externos por el hecho de que el negocio se pone en relación con otros sujetos de derecho, o bien por la especial situación de las partes respecto del objeto (60).

La delimitación del concepto de tercero implica la previa segregación de los terceros *in genere* o extraños totalmente al negocio, para concentrar la atención en los terceros en sentido técnico. En vano intentaremos —dice PEQUIGNOT— explicar los efectos de cualquier acto o contrato administrativo, respecto a terceros, por el juego de teorías civilistas. Tomar estas teorías al pie de la letra es un error del que no ha sabido guardarse la Jurisprudencia. Las expresiones civilistas no pueden implicar otra cosa que un título de imagen para calificar, a falta de otras, un fenómeno jurídico muy real, y a condición de no emplearlo en un sentido clásico. En realidad, es de esencia del acto o contrato administrativo el producir efectos respecto a terceros, porque la Administración no otorga ni estipula por un interés egoísta, sino animada por el fin del servicio público o del bien común y en vista del interés general. Justamente estos efectos de la concesión, respecto a los terceros, muestran con el máximo de fuerza que la concesión administrativa es algo más que un acuerdo de voluntades, en el sentido que el Derecho

(60) JHERING: *Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Tatsachen auf dritte Personen*, en los *Zeitschrift fuer die Dogmatik des heut Roem u. P. Privatrecht*, tomo X, págs. 245 y ss.

privado da a esta expresión. El concepto civilista no puede servir a los efectos administrativos, por cuanto, además, no siendo de suyo transmisible, en el supuesto normal, la relación jurídica administrativa, los causahabientes por cualquier título de las partes no quedan *ministerio legis* identificados a las partes, sino que por el contrario, antes de autorizarse administrativamente la transferencia, no pueden configurarse sino como terceros en sentido técnico o *tertii non agentes*. De hecho, el carácter *intuitus personae* y la traslación funcional que a las concesiones alcanza, sobre todo trascendentalmente cuando se refieren a las de servicio, trae la consecuencia, como ya vimos, de la necesidad de una previa autorización administrativa para que los causahabientes tengan el carácter de partes del negocio. Implica ello la necesidad de desechar el concepto civilista del tercero como inoperante a los fines administrativos.

El concepto procesal, desarrollado por ALLORIO, distinguiendo entre los *terceros indiferentes* y los *terceros jurídicamente interesados*, sujetos a la cosa juzgada, tampoco puede servir a los fines administrativos, siendo aquí de aplicación lo dicho respecto al tercero en sentido civil.

El carácter de tercero, en el ámbito administrativo, y en una idea ya propiamente técnica, no es sino la pertenencia de una relación jurídica al supuesto factico de otra, relación que implique subordinación de posiciones jurídicas o condicionamiento de las mismas, de modo que una alteración de la primera produzca un perjuicio de hecho o de derecho de la segunda. Para VENZI son terceros «quienes no intervinieron en el acto y son titulares de derechos propios que hacer valer frente al acto». MASTROPASQUA define el tercero administrativo como el «sujeto que sin ser parte de un negocio jurídico, ni destinatario de sus efectos, se encuentra en condiciones de poder actual o virtualmente asumir un interés jurídico frente a aquel negocio» (61). De hecho, tal delimitación del concepto de tercero es la que parece ha perseguido nuestra legislación, al configurar un tanto vagamente la idea del *interesado* (bases 8, 10, 11 y 14 de la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo, de 19 de octubre de 1889; arts. 1.º, 2.º, 3.º, 5.º, 7.º y 8.º; R. D. de 23 de marzo de 1886; arts. 46 y 47, R. D. de 4 de enero de 1915; Reglamento de 29 de septiembre de 1914, arts. 55, 64, 69 y 70; artículo 11 R. D. de 17 de abril de 1890; artículo 96 R. D. de 9 de julio de 1917; art. 46 Regl. de 13 de diciembre de 1870; arts. 20 a 29 del Regl. 25 de abril de 1890; Regl. de 15 de enero de 1924; R. D. de 23 de diciembre de 1870; Ley de 27 de marzo de 1900; Regl. de 19 de

(61) Cfr. para el concepto privatista: A. WEIL: *Le principe de la relativité des conventions*, thèse, Strassburg, 1938, y para la noción procesalista, L. BOYER: *Les effets des jugements a l'égard des tiers*, en la «Revue trimestrelle de Droit Civil», 1951, abril-junio, págs. 164 y ss., y MASTROPASQUA: *Il concetto di parte nel Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1950.

febrero de 1901; Ley de 23 de marzo de 1906; Regl. de 2 de julio de 1924; R. D. de 22 de abril de 1890; R. D. de 19 de agosto de 1801; R. D. de 8 de marzo de 1920; Regl. de 30 de diciembre de 1918, etcétera, etc.). La confusión aumenta cuando se habla de *parte interesada* (R. D. de 4 de enero de 1915) en lugar de *tercero interesado*, o meramente de *parte* (R. D. de 19 de agosto de 1901) con el mismo confusivismo. Lo cierto es que toda esta normativa engloba bajo una misma rúbrica de *interesado* a los administrados que ostentan el carácter de parte y a los terceros interesados, a los efectos normales de concederles derecho a audiencia en el expediente administrativo, como titulares ambos de un efectivo interés en recurrir. Mas los motivos de tal interés son en los dos supuestos harto diferentes y la personalidad que asume la parte o el tercero radicalmente distintos.

El concepto de *interesado*, ha dicho VILLAR Y ROMERO, es equivalente en el Derecho procesal administrativo al concepto de parte empleado en el Derecho procesal civil. No parece que, materialmente, esta conclusión afirmada a los fines procesales sea pertinente. El concepto de *interesado* comprende a la parte —cuyo interés está descartado por obvio—, y al tercero relevante. Así se evidencia en el art. 105 del Reglamento de 9 de julio de 1917 (Procedimiento administrativo en el Ministerio de Justicia) al delimitar la oposición de los terceros intervinientes, ligados al *interés directo en la reclamación*.

El concepto de tercero relevante viene determinado por la existencia de una relación jurídica determinante (concesión), pero lo define por exclusión (no parte), situándolo empero como colindante en la vecindad de la relación y al mismo tiempo una vinculación subyacente, anterior, que entra en contacto e interfiere a la relación jurídica determinante, de la relación y al mismo tiempo con una vinculación subyacente, anterior, que entra en contacto e interfiere a la relación jurídica determinante, estableciéndose así, en el supuesto específico de la concesión, una vinculación conjunta *ob rem*, por versar ambas relaciones (determinante y subordinada) sobre *eadem res*, con una concurrencia contradictoria (espacial-actual, o temporal-sucesiva) de derechos.

La noción del tercero debe ligarse con ello a la prejudicialidad, como coordinación necesaria entre relaciones jurídicas concurrentes o subordinadas por versar sobre el mismo objeto o tener idéntico contenido. De este modo, el alcance de la cláusula sin perjuicio de tercero se concreta en la declaración de una prejudicialidad negativa entre una relación jurídica condicionante (concesión otorgada sin perjuicio) y una relación jurídica condicionada (estado posesorio adquirido con anterioridad y en situación de firme). A fin de delimitar aún más la idea del tercero administrativo, es conveniente separar los terceros titulares de intereses protegidos, tanto si alcanzan la categoría de derecho subjetivo como si

no (62), de los meros intereses simples no tutelados por el ordenamiento jurídico. La distinción es pura obra contingente de la historia del derecho que adopta en esta materia una fluidez acomodada a la estructura y finalidades del total ordenamiento legal. No surgen derechos subjetivos y se configuran los meros intereses simples, cuando la Administración no quiere otorgar con validez rígida o total (63).

Cosa distinta del tercero material, como interesado indirecto, es el tercero procesal; del mismo modo que es distinta la *legitimatio ad causam* y la *legitimatio ad processum*. Se plantea por ello el problema de delimitar qué intereses legítimos de los terceros propiamente dichos tienen acceso a la protección procesal.

Un primer problema plantea la existencia de cláusulas eventuales (plazo, condición resolutoria, condición suspensiva, cargas de la concesión, etc.) en cuanto a la legitimación de los terceros titulares de derechos perjudicados por la concesión para oponerse jurisdiccionalmente a la misma. No es preciso insistir sobre este tema, puesto que es de perfecta aplicación el régimen general del procedimiento (64). En cuanto a los derechos derivados, por ejemplo, los relativos a los acreedores, se determina la carencia de legitimación para promover la acción, si bien a pesar de ello estas situaciones subrogadas quedan afectadas por la acción jurisdiccional; es decir, participan en los efectos del proceso.

Para que el tercero, en sentido material, pase a ser tercero también en sentido procesal, precisa la concurrencia en su situación jurídica de determinados requisitos establecidos por la normativa como limitativos del acceso a la vía jurisdiccional y relativos al *objeto*: necesidad del derecho preexistente (Ss. de 21 de junio de 1918 y 31 de marzo de 1900); al *tiempo*, entendiéndose ser tercero en este sentido sólo el titular de derechos posteriores a la concesión, dañados de modo concreto, actual e ilegítimo, y a la *relación* (exclusión de los actos consentidos).

Se da en la concesión un doble carácter de tercero; el *tercero externo* o titular de derechos contradichos, que invoca su inmunidad frente al ataque desde el exterior, que le supone la nueva concesión contradictoria *ob eadem rem* y el *tercero interno*, investido de una mera esperanza y que defiende tan sólo su mejor derecho (concesiones concurridas), cuando en el otorgamiento se produjo violación de trámites (Ss. de 31 de mayo

(62) Son titulares de intereses protegidos sin estar dotadas de derechos subjetivos aquellas personas con *legitimatio ad causam* como en nuestro tema los *oposiores*, en concesiones concurridas cuando existan violaciones esenciales del trámite. Cfr. *infra* en el texto.

(63) FLEINER: *Einzelrecht und oesentliches Interesse*. Festgabe fuer Laband, tuinga, 1908, págs. 37 y ss.; BERTHELEMY: *Essai d'une theorie des droits subjetives des administrés*, págs. 8, 16 y 127; MASTROPASQUA: *op. cit.*, pág. 131.

(64) Cfr. DOMENICO BARBERO: *La legitimazione ad agire in concessoria e negatoria servitutis*. Giuffré Milano, 1950, págs. 41 y ss.

de 1914, 7 de marzo de 1922, 7 de octubre de 1921, 14 de febrero de 1921, 25 de febrero de 1930, 25 de febrero de 1936). El carácter de tercero puede versar por ello sobre una doble funcionalidad, de efectos sustantivos (tercero externo) o meramente formales (tercero interno).

El tercero en sentido material tiene, sin embargo, en las concesiones cierta posición en el procedimiento, referente a su cualidad de opositor en la fase administrativa del otorgamiento de la concesión. En este sentido no existen criterios limitativos, coincidiendo el tercero en sentido material con el tercero en el procedimiento.

2.—*La eficacia refleja de la concesión y la protección de intereses simples.*

Como ya anteriormente se ha dicho, la delimitación de los intereses que quedan con mero carácter de simples y la de aquellos que pasan a quedar investidos por la protección del Derecho, bien por sí, bien por ser integrantes de un derecho subjetivo perfecto, es obra de las contingencias del Derecho administrativo, y en modo alguno una idea inmanente e invariable. Precisa por ello examinar, siquiera sea con toda brevedad, la protección establecida en materia de concesiones a favor de los terceros dotados de simples intereses.

En la concesión de dominio los intereses simples carecen de suyo de tutela jurídica, salvo el camino normal de las concesiones concurridas y sometidas a información pública. Se configura como interés simple la situación de hecho producida por la petición desestimada de la concesión: «No se puede invocar, en el mero concepto de peticionario, derecho alguno susceptible de haber sido vulnerado por la resolución recurrida, limitada a desestimar su pretensión de que se anulen concesiones otorgadas, o en su defecto, se declaren prescritas y caducadas» (S. de 29 de septiembre de 1915). «El hecho de haber solicitado determinada concesión de aguas no concede ningún derecho para oponerse a la concesión otorgada a otro respecto a las mismas aguas» (S. de 12 de abril de 1920). «El hecho de acudir a un concurso o subasta no obliga a la Administración a adjudicarle el servicio, ni crea, por tanto, derechos que puedan ser lesionados al resolver en definitiva sobre la licitación o declararla nula o sin efecto» (S. de 10 de noviembre de 1923). La solicitud de una concesión no crea derecho de clase alguna a favor del peticionario» (Auto de 30 de diciembre de 1902) «Ningún licitador tiene derecho a que su proposición sea preferida a las demás, ni a que sea forzosamente aceptada, porque la circunstancia de acudir a la subasta no crea, a favor de ningún licitador, sino una esperanza y nunca un derecho perfecto a la adjudicación, ni lo determina tampoco la provisional para obtener la

definitiva, y sólo cuando ésta se alcanza surge el vínculo jurídico y se produce un derecho administrativo, susceptible de ser vulnerado y de que su lesión sea revisada en vía contenciosa» (S. de 28 de diciembre de 1933); en ciertos casos existe, sin embargo, un derecho previo; así «cuando se ordena la celebración de un concurso restringido entre Empresas o personas determinadas, se produce un acto administrativo, creador de situaciones jurídicas singulares, en favor de tales personas, que si bien no les da derecho a la adjudicación del concurso, sí les reviste con plena atribución para exigir su celebración, excluyendo toda otra competencia; y una vez adjudicado con sujeción a lo dispuesto, el derecho hasta entonces puramente formal del concursante victorioso se convierte en un derecho sustantivo a la gestión y explotación del servicio, para su realización en una relación convencional o negocio de derecho público» (S. de 10 de julio de 1935).

Débase ello a una consecuencia del privilegio de libre conformación que a la Administración incumbe (65), y que trae consigo la discrecionalidad de la denegación de la concesión (RR. OO. de 9 de abril y 14 de mayo de 1866, 15 de abril de 1895 y 10 de febrero de 1897; Sentencia de 23 de abril de 1897; art. 54 Ley de 7 de mayo de 1880; Auto de 10 de febrero de 1897 y 9 de diciembre de 1903; Ss. de 24 de febrero, 2 de marzo y 5 de noviembre de 1904; 16 de enero de 1905; Auto de 8 de mayo de 1905; S. de 25 de octubre de 1905; Auto de 5 de febrero de 1906; Ss. de 16 de mayo de 1906, 27 de octubre de 1905, 20 de junio de 1907, 27 de enero de 1907, 27 de enero de 1908; Auto de 20 de mayo de 1908; Ss. de 7 de noviembre y 15 de diciembre de 1908 y 24 y 30 de septiembre de 1909; Autos de 10 de mayo de 1909 y 1 de febrero de 1910; S. de 13 de febrero de 1911; Auto de 10 de mayo de 1909; art. 94 del Regl. de 11 de julio de 1912; Ss. de 22 de enero y 11 de mayo de 1920, 19 de enero y 13 de junio de 1921, 26 de noviembre de 1922, 3 de noviembre de 1925, 18 de junio de 1926, 27 de junio de 1927, 14 de mayo de 1930, 31 de mayo de 1930, 9 de julio de 1930, 13 de julio de 1930, 19 de noviembre de 1930, 16 de diciembre de 1930, 6 de julio de 1931, 9 de enero de 1932, 12 de marzo de 1932, 17 de mayo de 1932, 7 de abril de 1943, 30 de abril de 1945, 3 de julio de 1950 y 4 de julio de 1950).

En general, los intereses simples carecen de tutela directa, atribuyéndose ésta a la Administración, que se la reserva efectivamente a fin de no perder la flexibilidad necesaria a todo servicio público. Este hecho de que la Administración al regular el servicio lo hace en función de tutela de los usuarios, responde a la idea construída por el

(65) Cfr. FORSTHOFF: op. cit. (*Freier Selbstgestaltung*). En los diplomas franceses se encuentra esta misma idea: *Emanee de notre autorité et prope mouvement*.

Derecho administrativo francés, de ser el servicio público una empresa de gestión de negocios ajenos (66). Esta naturaleza de la tutela administrativa sobre el servicio público, se evidencia al contemplar la contemporaneidad de su nacimiento con la idea del servicio público. En efecto, para la concesión de dominio, en los escasos supuestos en que el Derecho Romano lo admitió, se otorgaba a cualquier persona la legitimación para el *operis novi nuntiatio*. En el Derecho intermedio, esta general legitimación se conservó, y así dice Gregorio LÓPEZ: *si opus fiat in loco publico quil ibet de populo potest nuntiare*. La regularidad y continuidad del servicio público a que alude la S. de 31 de enero de 1935, exige hoy, por el contrario, que la Administración conserve en todo caso la facultad de controlar y modificar la prestación del servicio, impidiendo esto invertir a los intereses de los usuarios de suficiente tutela y protección jurídica autónomas. En este sentido la Jurisprudencia ha afirmado reiteradamente que no se puede exigir por los particulares usuarios el cumplimiento de las disposiciones de policía administrativa a los concesionarios (Ss. de 21 de marzo de 1881, 24 de junio de 1911). El derecho de los usuarios solamente surge cuando se ha verificado ya la apertura del servicio público y sólo en tanto en cuanto éste en su prestación suponga un contrato (Ss. de 4 de julio de 1931 y 20 de mayo de 1946). Por virtud de este principio, «los abonados a un servicio de abastecimiento de aguas tienen derecho a que no se les cobre por el suministro cantidad superior a la que figura en la tarifa debidamente aprobada, y este derecho, así como la obligación de la empresa de sujetarse a estos acuerdos, revisten carácter esencialmente administrativo», dándose en este caso la acción de devolución de lo indebido. Salvo en estos casos, en que el usuario tiene legitimación para imponer al concesionario el cumplimiento de las cláusulas relativas a la situación reglamentaria, la posición de los usuarios es una simple situación de hecho (67). El carácter de derecho reflejo del interés simple de los usuarios de servicio público, ha sido también afirmado en la Sentencia de

(66) HAURIU: *Précis de Droit Administratif*, págs. 17 y ss., *L'entreprise de la Admón. Publique étant essentiellement une entreprise de gestion d'affaires, il s'agit de la gestion des intérêts généraux du public, dirigée à la fois dans l'intérêt du public auquel elle fournit des services, et dans celui du gouvernement de l'Etat, auquel elle fournit des moyens de gouverner, de l'argent, des approvisionnements, une force armée, une marine des voies de communication...*; DEBEYRE: *Recours por excès de pouvoir et contrat*. «R. R. Pub.», 1938, pág. 244; CONCL ROMIEU, sobre C. E. 21 de diciembre de 1906. *Croix de Segney*, Tivoli S., 1907, tomo III, 33 nota; HAURIU: *Le contrat de concession est stipulé pour les citoyens; il leur réserve des droits et charges à l'administration de les assurer, si l'administration ne le fait pas elle viole des règles qui ont un caractère d'ordre public*.

(67) G. GUARINO: *Potere Giuridico e Diritto Soggettivo*, en la «Rassegna di Diritto Pubblico», núms. 3 y 4, 1949, pág. 278; ZANOBINI: *Corso II*, págs. 245 y ss.

24 de junio de 1911, en la que se especifica que «la relación entre las empresas y los particulares usuarios se reduce en estos casos a una relación de interés, mientras que el derecho se establece a favor de la Administración, lo que además es lógico y se impone, porque la adopción de tal medida ha de ser resultado de la combinación y armonía de multitud de consideraciones, en las que figuran en primer término el interés público en sus diversas manifestaciones de conveniencia de la medida, de un lado, y de la necesidad de prescindir de la misma, de otro, para hacer más fácil y a veces posible el establecimiento de una vía férrea; el interés de las empresas, en segundo lugar, para no verse agobiadas en época de crisis o menores rendimientos con un gasto no previsible y de tal consideración que haga imposible su existencia, y sólo en último término el interés del particular, que por su menor intensidad ha de ser discrecionalmente tenido en cuenta por la Administración, sin que pueda elevarse por el sol o a motivo determinante de la medida de policía» (cerramiento de ferrocarriles). La Sentencia de 5 de marzo de 1943 ha especificado también que «corresponde a la Administración el vigilar el exacto cumplimiento de las obligaciones contraídas con los usuarios por el concesionario». La Sentencia de 7 de febrero de 1936 manifiesta que «las disposiciones reguladoras de un servicio público no se refieren de modo especial o concreto a una persona determinada, cuyos derechos puedan por ello resultar lesionados, sino que el contenido de tales disposiciones tiene carácter general, inspirándose en lo que el Gobierno que respectivamente las dictó entendía ser más conveniente para el interés público al mismo encomendado». Las Sentencias de 8 de marzo de 1935 establecen en el mismo sentido que «es facultad privativa de la Administración la de acordar lo más adecuado para atender a la distribución y aprovechamiento de un servicio público, sin que los acuerdos sobre esta materia supongan ni creen un derecho especial a favor de cada uno de los administrados, que puedan hasta hacerlo valer en la vía contenciosa».

En cierto modo, esta situación del usuario no es privativa del servicio público, ya que igual naturaleza de interés simple alcanza a los usuarios del dominio público (S. de 10 de julio de 1919). En lo relativo a la concesión, sin embargo, la situación del usuario del dominio es inoperante, ya que la concesión demanial de suyo aboca a un interés privativo del concesionario y sólo por repercusión actúa según las directrices de interés público; en tanto que en la concesión de servicios este interés privativo del concesionario queda limitado a lo relativo a las cláusulas estipulatorias que se refieran a la ecuación económica de la concesión.

El derecho de la Administración en cuanto tuteladora de los intereses simples de los usuarios del servicio, se refiere a la organización y

ejecución del propio servicio, y no a la remuneración o ecuación financiera del concesionario, que más bien hace referencia, por el contrario, a las llamadas cláusulas inmutables (68). La variación de las cláusulas reglamentarias puede realizarse a través de invitaciones a una rebaja de los precios, o de distinciones para diferenciar las tarifas (S. de 3 de julio de 1916) por prohibición a los concesionarios de poner en vigor tarifas especiales sin acuerdo expreso y autorización (S. de 28 de abril de 1916), o bien por inspección sobre el servicio público, que implica «la posibilidad de exigir todo lo que a juicio de la Administración sea necesario para la buena conservación de las obras o para remediar cualquier perjuicio público o particular de los terceros con sanciones procedentes por inobservancias que pueden llegar a la caducidad (S. de 7 de marzo de 1936); por reglamentación de las normas sobre trabajo, policía y seguridad (Auto de 25 de enero de 1910, S. de 10 de enero de 1906), prohibición de circulación de tranvías en determinadas zonas (Ss. 6 de mayo de 1914, 7 de noviembre de 1931, 12 de marzo de 1903, 6 de marzo de 1914, 19 de diciembre de 1933), o bien obligando al concesionario a variar el emplazamiento de postes telefónicos, con indemnización por los gastos (Ss. de 12 de marzo de 1930, 26 de marzo de 1932, 26 de marzo de 1933, 30 de octubre de 1933, 8 de octubre de 1941, 25 de noviembre de 1942, 1 de diciembre de 1944, 20 de enero de 1945, 25 de febrero de 1946, 5 de abril de 1946, 23 de abril de 1946, 4 de diciembre de 1947, 3 de mayo de 1948), etc. En los casos en que la modificación de estas cláusulas reglamentarias implique quebrantamiento de la ecuación económica del concesionario, el ejercicio de esta tutela por parte de la Administración lleva de rechazo la necesidad de indemnizar la pérdida sufrida por el concesionario, y así sucede en los casos de ejercicio de este *jus variandi*, que prohíbe la circulación de tranvías o dobles vías en determinadas calles (S. de 6 de marzo de 1914), y en las variaciones en la colocación de los postes telefónicos, «porque si la Administración actúa velando con plausible celo, desde luego, por el interés público, no cabe olvidar que la Compañía Telefónica presta a su vez un servicio también público de interés nacional de tal significación e importancia que su contrato no puede quedar modificado ni aplicarse en oposición con ella, Ley ni disposición alguna de carácter

(68) PEQUIGNOT: Op. cit., pág. 433. Les clauses inmutables y sobre la ecuación económica, pág. 488; ROLLAND: *Droit du législateur d'imposer de nouvelles obligations a un concessionnaire de travaux publics*, en la «Revue de Droit Public», 1909. A esta mutabilidad de las cláusulas reglamentarias se refiere la llamada en el Derecho alemán Cláusula general (*Generalklausel die Behörde behalte sich weitere Massnahmen vor*); H. RIPPERT: *Rapport entre les pouvoirs de police et de gestions dans les situations contractuelles*, en la «Revue de D. P.», 1905, págs 1 y ss.

general o particular (Ss. de 2 de noviembre de 1942 y 1 de diciembre de 1944 y las arriba citadas). Justamente la diferencia esencial entre las cláusulas inmutables y las reglamentarias de la concesión estriba en que la variación de las primeras sólo es posible mediando indemnización que compense el desequilibrio producido en la casación económica del concesionario, en tanto que el ejercicio del *jus variandi* sobre las cláusulas reglamentarias no supone de suyo compensación, salvo la repercusión directa que puedan tener en la ecuación económica, que podría dar lugar excepcionalmente a la indemnización. Normalmente, en estos casos se evidencia la autonomía de la concesión demanial, subordinada a la de servicio, y que, pese a esta subordinación, mantiene el vigor del principio de intangibilidad frente a la Administración, por contrario modo a la variabilidad y flexibilidad de la concesión de servicio subordinante.

La Administración tiene también facultad para imponer con carácter obligatorio, después de una previa intimación amistosa, las variaciones que estime convenientes en el servicio público (Ss. de 29 de diciembre de 1913 y 13 de febrero de 1931), afirmándose en todo caso el derecho del concesionario a ser indemnizado por la modificación de obras impuestas a consecuencia de las alteraciones acordadas por la Administración (S. de 2 de diciembre de 1914, refiriéndose a los arts. 1.113 y 1.123 del Código Civil).

La Sentencia de 10 de junio de 1936 ha delimitado el campo de aplicación de las cláusulas inmutables, al establecer que «son conceptos distintos, toda vez que responden a distintas finalidades: las de organización de un servicio y la de reglamentación del personal llamado a prestarlas, ya que el primero afecta exclusivamente a la finalidad que el servicio cumple en interés general o del Estado que él representa, mientras el segundo afecta sólo al interés particular de los funcionarios que lo prestan, independientemente del servicio en sí y de su organización, sin que la facultad discrecional que a la Administración compete en cuanto a la organización del servicio alcance a organizar el personal del mismo».

En las concesiones de dominio, tal facultad de la Administración no existe, teniendo su plena vigencia el principio de intangibilidad de la concesión, que en las de servicio se aplica sólo a las llamadas cláusulas inmutables. En este sentido se pronuncia la Jurisprudencia: «La Real Orden que al establecer una nueva división de aguas públicas y un nuevo plan de aprovechamiento de las mismas para riego y fuerza motriz altera y modifica esencialmente el estado de derecho creado por otra anterior respecto al citado aprovechamiento, es lesiva y debe ser revocada» (S. de 28 de febrero de 1916); «la Administración está obligada a respetar el estado de derecho creado por una concesión de conducción

de energía eléctrica, sin perjuicio de obligar al concesionario, mediante la oportuna indemnización, a transformar dicha conducción» (S. de 17 de diciembre de 1927); «aunque es indiscutible la facultad de la Administración para dictar disposiciones de policía, no es menos cierto que con ellas no se puede en modo alguno lesionar los derechos otorgados a los concesionarios» (S. de 8 de junio de 1914); «la Administración pública puede lícitamente modificar las conducciones de todo aprovechamiento de aguas por ella concedido, siempre que al hacerlo se sujete a las normas procesales que las leyes señalan y sin otra limitación que la de no inferir agravio a los derechos preexistentes reconocidos u otorgados por la propia Administración» (S. de 2 de diciembre de 1921); «la policía de las aguas de que es titular la Administración, sólo pretende corregir extralimitaciones y actos abusivos, sin que autorice a la misma a adoptar gubernativamente medidas que vulnieren la situación jurídica creada a favor de quien se acomodó a usar del aprovechamiento que le otorgó la propia Administración, tal y como y en las mismas condiciones que ésta le señaló» (S. de 8 de mayo de 1923). En definitiva, el poder de control de la Administración, incluso sobre los servicios públicos, sólo tiene un alcance de discrecionalidad allí donde no exista estipulación reglada o donde, existiendo ésta, se halle supeditada a una reserva administrativa. Refiriéndose al ámbito reglado, se ha especificado que «la función administrativa, que en las concesiones de servicio público compete a la Administración, ha de tener por norma que se cumplan las bases con que se otorgan y que no se extralimiten las empresas de las condiciones taxativamente impuestas» con sujeción al proyecto y pliego regulador de lo convenido entre el Estado y el particular constructor o explotador de la línea, y claro es que a las reglas contenidas en estos documentos deben atemperarse el concesionario y la Administración» (S. de 24 de diciembre de 1921). Empero, en las concesiones de servicio la Administración no suele autolimitarse sino en las cláusulas de la ecuación económica, reservándose manos libres en lo relativo al funcionamiento propiamente dicho del servicio.

La facultad reglamentaria de la Administración es, aparte de las medidas de policía y control, otro modo de tutelar los intereses simples de los usuarios de los servicios públicos, y así ha dicho la Sentencia de 20 de mayo de 1946 que «no puede sostenerse en términos razonables que los contratos de venta de energía hayan de estar sometidos a perpetuidad a las disposiciones vigentes en su fecha, ni que el Poder público se vea en la imposibilidad de introducir reformas ventajosas en la regulación de esta clase de contratos para conjugar intereses de las empresas productoras y de los consumidores del fluido, que es la finalidad a que responde la intervención estatal en la materia». Finalmente, la protección de las necesidades consolidadas o *uti universi* faculta

a la Administración para incautarse de los servicios «por razones de orden público o de seguridad del país, revisando los mismos a fin de modificar sus condiciones económicas y evitar así perjuicios al Estado, igualar en lo posible los derechos y obligaciones de los concesionarios y dejar a salvo las necesidades de la defensa nacional, la soberanía del Estado y las leyes de la nación» (S. de 11 de abril de 1944).

Los usuarios tienen, pues, un mero interés simple en cuanto a la prestación del servicio público; pero este interés pasa a la categoría de derecho subjetivo cuando la ejecución del servicio les ocasione perjuicios económicos valorables ligados a culpa o negligencia del concesionario (Ss. de 21 de marzo de 1881, 12 de marzo de 1891, 16 de mayo de 1893, 22 de diciembre de 1902, 2 de marzo de 1904, 12 de febrero de 1890, 14 de marzo de 1921). Los daños de los meros intereses económicos del usuario, que son a modo de daños morales, no podrán exigirse sino por la Administración a través de la potestad coercitiva, que se traduce en las multas impuestas al concesionario (arts. 90, 91. 150 y 157 del Reglamento de 8 de septiembre de 1878; art. 12 de la Ley de 23 de noviembre de 1877; R. O. de 3 de octubre de 1865, S. de 30 de junio de 1891, R. O. de 6 de mayo de 1892, Ss. de 20 de octubre de 1893 y 8 de febrero de 1894, R. O. de 31 de octubre de 1901, S. de 25 de enero de 1902, R. O. de 2 de enero de 1908, RR. DD. de 13 de mayo de 1909 y 10 de enero de 1918, R. O. de 26 de febrero de 1921, S. de 18 de junio de 1922, R. D. de 13 de noviembre de 1922, Ss. de 21 de octubre de 1924, 6 de abril de 1926 y 25 de noviembre de 1926, R. D. de 15 de agosto de 1927, Ss. de 14 de febrero de 1928, 2 de junio de 1928, 2 de julio de 1928, 22 de julio de 1934, 19 de marzo de 1935, 10 de abril de 1935, 24 de abril de 1935, 25 de abril de 1935, 14 de octubre de 1935, 16 de octubre de 1935 y 18 de diciembre de 1935; Circular de 21 de mayo de 1936); «para ser procedente y legal la imposición al concesionario de multas, es precisa y necesaria la convivencia y concurrencia de actos u omisiones propias de dicho concesionario, constitutivos de *contravención a las cláusulas de la concesión o a las resoluciones administrativas dictadas para la ejecución de estas cláusulas*» (Sentencia de 19 de marzo de 1935).

La Administración puede también, incluso en las cláusulas inmutables, establecer reservas que le faculden posteriormente a su modificación prescindiendo de la indemnización, que en otro caso sería pertinente (S. de 17 de febrero de 1944)

José Luis VILLAR PALASÍ

Letrado del Consejo de Estado.