

LA APERTURA A LA COMPETENCIA DE LOS TÍTULOS DE OCUPACIÓN DE LAS PROPIEDADES PÚBLICAS EN EL ORDENAMIENTO FRANCÉS

ANTOINE BOURREL

Profesor titular de derecho administrativo Universidad de Pau y de los Países del Adour;
Instituto de Estudios Ibéricos e Iberoamericanos (IE2IA), CNRS UMR DICE 7318

SUMARIO : I. INTRODUCCIÓN.– II. PRIMERA ETAPA DE LA EVOLUCIÓN: LA AUSENCIA DE UNA OBLIGACIÓN GENERAL DE SACAR A CONCURSO LOS TÍTULOS DE OCUPACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO: 1. Un principio establecido por el Consejo de Estado: A) La declaración del principio) B. Un principio criticable. 2. Excepciones de alcance limitado: A) La organización facultativa de un procedimiento de publicidad y licitación a iniciativa de la autoridad que gestiona el dominio público. B) La organización obligatoria de un procedimiento de publicidad y licitación para los acuerdos de dominio público asociados a un contrato público: a) El decreto del 30 de diciembre de 2011 sobre la celebración de arrendamientos administrativos a largo plazo. b) La Ordenanza de 23 de julio de 2015 sobre contratos públicos.– III. SEGUNDA ETAPA DE LA EVOLUCIÓN: LA INVERSIÓN DE LAS PERSPECTIVAS Y LA CONSAGRACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN DE LICITACIÓN DE LOS TÍTULOS DE OCUPACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO: 1. Un statu quo insostenible según la legislación de la UE: A) Una obligación basada en la Directiva «Servicios» de 2006: a) La Directiva «Servicios». b) El análisis del TJUE. B) Una obligación basada en las normas fundamentales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 2. La organización de un sistema de licitación para los títulos de ocupación del dominio público: A. El principio de publicidad y licitación. B. Excepciones al principio de publicidad y licitación.– IV. UNA EVOLUCIÓN INACABADA: 1. La cuestionable exclusión de los títulos de ocupación del dominio privado del ámbito de la reforma. 2. La exclusión de los títulos de ocupación del dominio privado como fuente de importantes dificultades prácticas.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: En Francia, la cuestión de la licitación de los títulos de ocupación de las propiedades públicas se ha debatido durante muchos años. Aunque durante mucho tiempo se aceptó que no había obligación de organizar un procedimiento de selección antes de conceder los permisos, bajo la presión de la legislación de la Unión Europea esto ha cambiado. La reforma aprobada en 2017 permite así cumplir mejor con las exigencias europeas. Sin embargo, sigue siendo incompleta.

Palabras clave: dominio público; arrendamiento; licitación; transparencia; concesión; contratos públicos; Directiva «Servicios».

ABSTRACT: In France, the question of tendering for occupancy titles for public properties has been debated for many years. Although for a long time it was accepted that there was no obligation to organise a selection procedure before granting permits, under

pressure from EU legislation this has changed. The reform adopted in 2017 thus makes it possible to better comply with European requirements. However, it remains incomplete.

Key words: public domain; leasing; tendering; transparency; concession; public procurement; Services Directive.

I. INTRODUCCIÓN

Bajo la influencia del derecho de la Unión Europea, las cuestiones planteadas por las autoridades públicas, los jueces y los juristas en el derecho francés de los contratos públicos se han centrado durante mucho tiempo en la definición del régimen jurídico de la adjudicación de los contratos públicos. La evolución del derecho en este ámbito, desde la adopción de las directivas sobre contratos públicos y concesiones de 26 de febrero de 2014 (1), ha permitido, en la práctica, resolver estas cuestiones, en particular mediante una definición precisa del concepto de contrato de obras públicas y de concesión.

Sin embargo, los esfuerzos así realizados, que en Francia se tradujeron en la adopción de un Código de Contratación Pública (2), seguían dejando sin respuesta una compleja cuestión: la de la licitación de los títulos de ocupación del dominio público. En particular, como los contratos de ocupación del dominio público (o privado) no se consideran contratos públicos, no están sujetos a las normas de contratación definidas por el Código para los contratos públicos y las concesiones.

Sin embargo, las exigencias europeas derivadas de la directiva de «Servicios» (3) interpretadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (4) han vuelto a poner en primer plano el debate sobre un procedimiento de licitación de los permisos de ocupación del dominio de las personas públicas, especialmente cuando esta ocupación no va acompañada de obras o servicios que

(1) Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos públicos; Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales; Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

(2) La parte legislativa del Código de Contratación Pública se aprobó mediante la Ordenanza n° 2018-1074, de 26 de noviembre de 2018, y la parte reglamentaria se aprobó mediante el Decreto n° 2018-1075, de 3 de diciembre de 2018.

(3) Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

(4) TJUE, 14 de julio de 2016, asunto C-458/14, Promoimpresa Srl, AJDA 206, p. 2176, nota R. Noguellou, Contrats Marchés publics. 2017, repère 11, nota F. Llorens y P. Soler-Couteaux.

respondan a las necesidades de la entidad pública propietaria del inmueble donde se ubica la ocupación (5).

Por lo tanto, en los últimos años se ha intensificado el debate sobre este tema a todos los niveles, ya sea doctrinal, jurisprudencial o normativo. En menos de diez años, la situación en este ámbito ha cambiado radicalmente, por lo que vale la pena trazar las principales etapas de esta evolución.

En primer lugar, repasaremos la situación que persistió mucho tiempo en Francia, derivada de la ausencia de obligación de sacar a concurso los títulos de ocupación del dominio de las personas públicas, independientemente de su forma contractual o unilateral (I). A continuación, analizaremos el punto de inflexión en la evolución que supuso la adopción de un sistema legal de licitación de títulos de ocupación (II) antes de considerar, por último, los posibles desarrollos que se avecinan (III).

II. PRIMERA ETAPA DE LA EVOLUCIÓN: LA AUSENCIA DE UNA OBLIGACIÓN GENERAL DE SACAR A CONCURSO LOS TÍTULOS DE OCUPACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO

Tal y como el Consejo de Estado tuvo ocasión de manifestar de forma muy clara en 2010 (6), no existía ninguna obligación general para los organismos públicos en materia de licitación para la concesión de permisos de ocupación de su dominio público. Este principio, que sólo afectaba a las ocupaciones «secas» del dominio público, estaba sujeto a excepciones, cuyo alcance seguía siendo limitado.

1. Un principio establecido por el Consejo de Estado

A) La declaración del principio

La cuestión de si los títulos de ocupación del dominio público de las personas públicas deben someterse necesariamente, antes de su expedición, a un procedimiento de selección de candidatos que integre las obligaciones de publicidad y concurrencia fue respondida negativamente por el Consejo de Estado con la sentencia «*Ville de Paris*» del 3 de diciembre de 2010 dictada por la Sección del Contencioso.

(5) En este caso, como veremos a continuación, las obligaciones de publicidad y licitación pueden derivarse de la realización de las obras o de la prestación de los servicios anexos a la ocupación del dominio público.

(6) CE, Sec. 3 de diciembre 2010, n° 338272, *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin*, AJDA 2011 p. 18, estudio de S. Nicinski y E. Glaser; RDI 2011, p. 162, obs. S. Braconnier y R. Noguellou; *Contrats et Marchés publics*. 2011, com. 25, nota G. Eckert.

En este caso se trataba de la renovación por un período de 20 años del contrato por el que el Ayuntamiento de París había autorizado a la Asociación «Paris Jean Bouin» (antes denominada «Club Athlétique des Sports Généraux») a ocupar y explotar las instalaciones del estadio Jean Bouin, es decir, un complejo inmobiliario que comprende, además del propio estadio, 21 pistas de tenis y diversos edificios destinados a oficinas, deportes y restauración.

En este caso, aunque la sociedad «Paris-Tennis» había comunicado a la ciudad de París su interés por hacerse cargo de la ocupación y gestión de estas instalaciones, se le informó de que su solicitud había sido rechazada. Por ello, «Paris-Tennis» impugnó la renovación del contrato con la Asociación «Paris Jean Bouin» por considerar que el derecho de ocupación del dominio público de la ciudad de París confiado a la Asociación había sido renovado sin que se organizara ningún procedimiento de licitación.

El litigio, que llegó al Consejo de Estado, planteaba, por tanto, la cuestión de si el contrato controvertido debía o no estar sujeto a las obligaciones de publicidad y licitación antes de su adjudicación.

La respuesta a esta pregunta no era sencilla, dadas las características del acuerdo celebrado entre la ciudad de París y la asociación. En efecto, aunque las partes habían optado inequívocamente por un acuerdo de ocupación del dominio público, con exclusión de un acuerdo de delegación de servicio público (7), esta calificación, impugnada por la sociedad demandante «Paris-Tennis», no era obviamente vinculante para el juez administrativo, cuya misión final era pronunciarse sobre la verdadera naturaleza del acuerdo. Para ello, sin perjuicio de que respete la intención común de las partes, más allá de la calificación dada por éstas al contrato, el juez examina el contenido del mismo teniendo en cuenta sus estipulaciones, así como, en su caso, los elementos externos al contrato susceptibles de establecer su verdadera naturaleza. En este caso, no puede excluirse totalmente que el acuerdo controvertido, que implicaba la ocupación del dominio público, fuera considerado por el Consejo de Estado como un acuerdo de delegación de servicio público que debería haber sido sometido a un procedimiento de publicidad (8).

Sin embargo, en este caso, el análisis de las estipulaciones del contrato (así como de otros elementos externos) llevó al Consejo de Estado a rechazar

(7) El artículo 1^{er} del acuerdo estipulaba que: «*El presente contrato de ocupación del dominio público no confiere al ocupante (...) la condición de concesionario de servicios públicos*».

(8) En Francia, antes de la reforma del Código de Contratación Pública, la Ley 93-122, del 29 de enero de 1993, relativa a la prevención de la corrupción y a la transparencia de la vida económica y de los procedimientos públicos, establecía que los convenios de delegación de servicios públicos debían celebrarse tras un procedimiento con publicidad y competencia previas.

la calificación del contrato como acuerdo de delegación de servicio público, ya que el contrato no mostraba una intención real de la ciudad de París de confiar a su cocontratante la gestión de un servicio público (9).

Por consiguiente, como señaló el Consejo de Estado, el contrato celebrado entre la ciudad de París y la asociación «Paris Jean Bouin» para la gestión de las instalaciones deportivas del estadio Jean Bouin constituía un simple acuerdo de ocupación del dominio público.

Una vez aclarado este punto, el Consejo de Estado aún debía pronunciarse sobre los argumentos de la sociedad «Paris Tennis», que consideraba que el acuerdo debía haber sido sometido a un procedimiento previo de publicidad y licitación. Sin embargo, los desestimó con un razonamiento lapidario: «*Ninguna disposición o principio legislativo o reglamentario obliga a una entidad pública a organizar un procedimiento de publicidad previo a la expedición de una autorización o a la adjudicación de un contrato de ocupación de un bien de dominio público, cuyo único objeto es la ocupación de dicho bien; ello es así incluso cuando el ocupante del bien de dominio público es un operador en un mercado competitivo*».

Aunque tiene el mérito de la claridad, la respuesta dada por el Consejo de Estado llega en un momento en que la presión por una solución diferente es cada vez más fuerte. En efecto, además de haber dictaminado unos años antes que la autoridad pública está obligada a tener en cuenta el derecho de la competencia a la hora de conceder permisos de ocupación del dominio público (contractuales o unilaterales) a los operadores económicos (10), el antiguo Consejo de la Competencia (11), autoridad administrativa independiente encargada de velar por el correcto cumplimiento del derecho de la competencia, había declarado que, en ausencia de un texto, correspondía a la autoridad local organizar su propio procedimiento de asignación de títulos de ocupación del dominio público (12). Asimismo, algunos tribunales habían querido imponer una obligación de transparencia sobre la base de las normas fundamentales del Tratado de la Unión Europea (13), mientras que los últimos pronunciamientos

(9) Para más detalles sobre este punto, véase en particular G. Eckert, *Contrats et Marchés publics* 2011, com. 25, *supra*.

(10) CE, Sec. 26 de marzo de 1999, n° 202260, Sté EDA, AJDA 1999, p. 427, nota M. Bazex.

(11) El Consejo de la competencia se transformó en la Autoridad de la competencia con la ley 2008-776 de modernización de la economía del 4 de agosto de 2008.

(12) Véase, en particular, el dictamen del Cons. conc. n° 04-A-19, de 21 de octubre de 2004, Ocupación del dominio público para la distribución de periódicos gratuitos.

(13) Véase, por ejemplo: TA Nîmes, 24 de enero de 2008, Société trains touristiques G. Eisenreich, AJDA 2008, p. 2172, nota J.-D. Dreyfus. Véase también, para una aplicación de la obligación de transparencia a la ocupación del dominio privado: TA París, 30 de mayo

del Consejo de Estado no se habían ajustado a esta evolución (14). Además, el principio consagrado en 2010 se reafirmó menos de tres años después en relación con un acuerdo para la instalación y explotación de mobiliario urbano de información cultural en el dominio público de la ciudad (15).

B) Un principio criticable

La solución encontrada por el Consejo de Estado en 2010 y confirmada en 2013 no ha dejado de suscitar críticas y preguntas.

Resulta sorprendente que el Consejo de Estado se muestre tan flexible en el caso de un contrato que genera varios millones de euros de volumen de negocio para la asociación «Paris Jean Bouin», cuando cualquier contrato público, aunque sea muy pequeño, está en principio sujeto a un requisito mínimo de publicidad y licitación.

Sin embargo, la posición del Consejo de Estado podría explicarse por dos conjuntos de razones. Por un lado, dado que los simples acuerdos y autorizaciones de ocupación del dominio público no tienen por objeto satisfacer una necesidad de la persona pública, no responden a una lógica de contratación pública que justifique someterlos a las obligaciones de publicidad y licitación que rigen la contratación pública. Por otra parte, la complejidad del tema exigía sin duda una respuesta del legislador. En efecto, no bastaba con que el Consejo de Estado se pronunciara sobre el principio de la obligación de publicidad y de licitación, sino que también era necesario definir el alcance de los títulos estatales en cuestión (¿contractual y unilateral? (16)), la fijación

de 2007, n° 0516131, Préfet de Paris c/ ville de Paris. Otros tribunales, sin embargo, fueron más reservados. Véase, por ejemplo, CAA Burdeos, 29 de noviembre de 2007, n° 05BX00265, Dumoulin de Laplante; CAA París, 14 de octubre de 2010, n° 09PA01472.

(14) Véase, en particular: CE, 5 de febrero de 2009, n° 305021, Association centrale agriculture, horticulture et acclimatation Nice et Alpes maritimes. En este caso, el Consejo de estado dictaminó que la ausencia de un plazo fijo para los acuerdos de ocupación del dominio público no los hace ilegales, aunque sí socava la lógica de la licitación regular. Véase también: CE, 10 de junio de 2009, n° 317671, Port autonome de Marseille: sentencia, con respecto a un acuerdo simplemente relativo a la ocupación del dominio público marítimo, que su conclusión «no está sujeta a ningún procedimiento particular».

(15) CE, 15 de mayo de 2013, n° 364593, Ville de Paris, AJDA 2013, p. 1271, crónica F. Domino y A. Bretonneau. En este caso, cabe señalar que el Consejo de Estado se preocupó de comprobar que el acuerdo no constituía principalmente un contrato de suministro y servicio público que implicara la ocupación del dominio público. De ser así, el acuerdo, reclasificado como contrato público, habría estado sujeto a los procedimientos de adjudicación previstos en el Código de Contratación Pública.

(16) Cabe señalar que, en este punto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no hace ningún tipo de distinción según la forma del acto (TJUE, 3 de junio de 2010, aff. C-203/08, The Sporting Exchange Ltd: relativo a una autorización de policía unilateral que

de un posible umbral de activación del procedimiento de selección y las condiciones de éste...

Aunque la decisión del Consejo de Estado de 2010 establecía un principio general de ausencia de obligación de anunciar y sacar a concurso los títulos de propiedad del Estado, no tenía un alcance absoluto y reservaba algunas excepciones, aunque de alcance limitado.

2. Excepciones de alcance limitado

A pesar de la negativa del Consejo de Estado a consagrar una obligación general de publicidad y licitación de los títulos de ocupación del dominio público, se han podido identificar dos conjuntos de excepciones.

A) La organización facultativa de un procedimiento de publicidad y licitación a iniciativa de la autoridad que gestiona el dominio público

El Consejo de Estado se reservó expresamente esta posibilidad en su sentencia de 2010, afirmando que *«a falta de texto, la autoridad que gestione el dominio podrá poner en marcha un procedimiento de publicidad y, en su caso, un procedimiento de licitación, con el fin de fomentar las ofertas en competencia»*, al tiempo que vuelve a insistir en que *«a falta de un texto que lo exija y de una decisión de esta autoridad de someter su decisión a un procedimiento previo, la ausencia de dicho procedimiento no vicia una autorización o un acuerdo de ocupación de una dependencia de dominio público»*.

Esta posibilidad de que la autoridad de gestión organice un procedimiento de selección por iniciativa propia es bastante clásica (17). Lo recuerda la sentencia *«Ville de Paris»* (18) relativa a un convenio de ocupación del dominio público para la instalación de mobiliario urbano en términos inequívocos, de la que se desprende que la organización de un primer procedimiento que dio lugar a un primer convenio irregular no obliga al administrador del dominio

confiere un derecho exclusivo en favor de un único operador para la organización y promoción de juegos de azar, siempre que se respeten las normas fundamentales del Tratado, en particular el artículo 49, y, en particular, los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, así como la consiguiente obligación de transparencia).

(17) En la legislación sobre contratación pública se acepta una solución comparable. Así, cuando, por su escaso valor, un contrato público no está sujeto a ninguna formalidad particular en términos de publicidad y licitación, nada impide que el comprador público organice un procedimiento que prevea un mínimo de publicidad y licitación (lo que incluso se recomienda en vista de la necesidad de respetar los principios fundamentales de la contratación pública).

(18) CE, 15 de mayo de 2013, n° 364593, Ville de Paris.

a organizar un segundo procedimiento con vistas a la adjudicación de un nuevo convenio.

Además de esta excepción de origen jurisprudencial, apenas vinculante, han aparecido otros límites como consecuencia de la intervención del poder reglamentario y del legislador.

B) La organización obligatoria de un procedimiento de publicidad y licitación para los acuerdos de dominio público asociados a un contrato público

En particular, el legislador y el Gobierno han limitado la ausencia de obligación de organizar un procedimiento de publicidad y licitación previa a la adjudicación de los títulos de ocupación del dominio público.

a) El decreto del 30 de diciembre de 2011 sobre la celebración de arrendamientos administrativos a largo plazo

En efecto, en lo que respecta a determinados contratos específicos de ocupación del dominio público, los arrendamientos administrativos a largo plazo (19), un decreto de 30 de diciembre de 2011 (20) precisó que cuando el arrendamiento va acompañado de un acuerdo no separable que constituye un contrato público, una delegación de servicio público, un contrato de asociación o un contrato de concesión de obras, su celebración va precedida de las medidas de publicidad y de licitación previstas por las disposiciones aplicables a este contrato. La misma solución se aplicó en el caso de que el arrendamiento contuviera cláusulas que pudieran analizarse como un acuerdo no separable con las características de los contratos mencionados.

El objetivo del decreto era claramente someter estos arrendamientos a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos siempre que las autoridades locales pretendieran satisfacer sus necesidades en términos de instalaciones públicas mediante acuerdos contractuales que les permitieran eludir la ley de contratación pública, en particular las normas del código de contratación pública.

Cabe señalar que, a principios de los años 90, las autoridades locales, deseosas de hacer construir obras sin tener que cumplir los requisitos de

(19) El arrendamiento largo administrativo fue creado por la Ley n° 88-13 de 5 de enero de 1988 para mejorar la descentralización (art. 13). Estas disposiciones se codificaron posteriormente en el Código General de Autoridades Locales (art. L. 1311-2 CGCT).

(20) Decreto n° 2011-2065, de 30 de diciembre de 2011, relativo a las reglas de celebración de los arrendamientos administrativos a largo plazo, que modifica el artículo R. 1311-2 del Código General de las Entidades Locales.

procedimiento del código de contratación pública, aprovecharon hábilmente la estrecha concepción del concepto de contrato de obras públicas en la legislación francesa mediante ingeniosos acuerdos contractuales basados en la ocupación de su dominio público. En aquella época, para identificar un contrato de obras públicas sujeto a las normas del Código de Contratación Pública, se exigía, además de la realización de obras que respondieran a las necesidades de los poderes adjudicadores, que éstos fueran en carga de la misión de dirección de obras (21). En otras palabras, la condición de la contratación pública implicaba o bien que la autoridad pública se convirtiera inmediatamente en propietaria de los bienes construidos, o bien que ella misma garantizara el seguimiento técnico de las operaciones. En cambio, si la entidad pública no cumplía esta condición, podía aceptarse que la operación no se considerara un contrato de obras públicas.

En consecuencia, las autoridades locales han creado acuerdos contractuales (22) que combinaban, por un lado, un arrendamiento administrativo a largo plazo por el que autorizaban a un operador económico a ocupar la propiedad estatal durante un largo periodo (hasta 99 años) con derechos reales para construir obras sobre las que conserva la dirección de obra privada, y por otro lado, un acuerdo para poner a disposición de la autoridad local la totalidad o parte de los edificios construidos a cambio de un alquiler correspondiente a la duración del arrendamiento.

Ante la pregunta de si este acuerdo no debía considerarse en realidad un contrato de obras públicas, el Consejo de Estado (23) dictaminó que no era así, ya que la entidad pública no asumía la tarea de gestión del proyecto de la operación. Además, como los arrendamientos administrativos a largo plazo no estaban sujetos a la obligación específica de anunciarlos y sacarlos a concurso, el proceso era especialmente ventajoso: la autoridad local podía satisfacer sus necesidades en términos de equipamiento inmobiliario al tiempo que escapaba a todas las limitaciones de procedimiento del código de contratación pública, así como a la prohibición del pago diferido (24).

Sin embargo, la solidez jurídica de estos acuerdos contractuales, que han tenido mucho éxito en la práctica, no estaba garantizada a la luz de las

(21) En francés : «maîtrise d'ouvrage publique».

(22) P. Terneyre, Les montages contractuels complexes, AJDA 1994, p. 43.

(23) CE, 25 de febrero de 1994, n° 144641, SA Sofap-Marignan Immobilier, AJDA 1994, p. 550, nota H. Périnet-Marquet; RFDA 1994, p. 510, concl. J. Arrighi de Casanova.

(24) Cabe señalar que el Código de Contratación Pública (hoy como antes) prohíbe a los compradores públicos aplazar el pago de los servicios adquiridos. En otras palabras, los compradores no pueden amortizar el coste de los servicios a lo largo de la duración del contrato.

directivas comunitarias (25), que contienen una definición más amplia de los contratos de obras que no incluye la condición de misión pública de dirección de obras, y a la luz de las normas fundamentales del Tratado, cuyo cumplimiento exige el Tribunal de Luxemburgo cuando las directivas no se aplican (26).

En última instancia, no se puede descartar el riesgo de que el juez recalifique estos acuerdos contractuales como contratos públicos. La adopción del decreto del 30 de diciembre de 2011 pretendía, pues, sanear la práctica de estos acuerdos contractuales.

b) La Ordenanza de 23 de julio de 2015 sobre contratos públicos

Más radicalmente, la ordenanza legislativa de 23 de julio de 2015 (27), que transponía las nuevas directivas de contratación pública adoptadas en febrero de 2014 y reformaba la legislación sobre contratación pública, prohibía pura y simplemente en su artículo 101 la práctica por la que un permiso de ocupación temporal emitido por una persona pública puede tener por objeto la ejecución de obras, la entrega de suministros, la prestación de servicios o la gestión de una misión de servicio público, con una contrapartida económica consistente en un precio o un derecho de explotación, por cuenta o para las necesidades de un comprador público o de una autoridad concedente (28). Así, se precisó que en el caso de que sea necesario un título de ocupación para la ejecución de un contrato público, este contrato debe prever las condiciones de ocupación del dominio (29).

El artículo 101 de la Ordenanza también se refería específicamente a los arrendamientos administrativos de larga duración, formulando para ellos

(25) Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, entonces aplicable, y Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en la actualidad.

(26) TJCE, 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98, *Telaustria y Telefonadress*, AJDA 2001, p. 106, nota L. Richer.

(27) Ordenanza n.º 2015-899, de 23 de julio de 2015, relativa a los contratos públicos, tomada en aplicación de la Ley n.º 2014-1545, de 20 de diciembre de 2014, relativa a la simplificación de la vida empresarial, que faculta al Gobierno para adoptar mediante ordenanza cualquier medida que aclare el objeto de las autorizaciones de ocupación de los bienes de las personas públicas y su relación con el derecho de la contratación pública. La ordenanza fue entonces ratificada por la Ley 2016-1691, de 9 de diciembre de 2016, de transparencia, lucha contra la corrupción y modernización de la vida económica (art. 39).

(28) Esta disposición sobre «autorizaciones de ocupación temporal» se refiere a las autorizaciones unilaterales. Está codificado en el artículo L. 2122-6 del Código General del Patrimonio Público (CGPP).

(29) Este es el caso, por ejemplo, de los contratos de colaboración: el artículo L. 2213-10 del Código de Contratación Pública establece que «*Cuando el contrato de colaboración implica la ocupación del dominio público, constituye una autorización de ocupación de este dominio por su duración (...)*».

la misma regla que para las «autorizaciones», tanto si se celebran sobre el dominio público de las entidades locales (30) como del Estado (31).

En conclusión, al término de esta primera fase de desarrollo, los únicos casos en los que no se impusieron limitaciones en materia de publicidad y licitación previas a los títulos de ocupación del dominio público se referían únicamente a las ocupaciones «secas» del dominio público, es decir, las que no implicaban la realización de trabajos o la prestación de servicios por cuenta de la autoridad de gestión del dominio, que representan una parte importante de las ocupaciones del dominio público.

III. SEGUNDA ETAPA DE LA EVOLUCIÓN: LA INVERSIÓN DE LAS PERSPECTIVAS Y LA CONSAGRACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN DE LICITACIÓN DE LOS TÍTULOS DE OCUPACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO

Dejando a un lado las excepciones mencionadas, el *statu quo* en Francia, que ya había sido criticado, se hizo insostenible a partir de 2016 con la sentencia *Promoimpresa* (32) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que sirvió de detonante para una importante reforma de la asignación de los títulos de ocupación del dominio público.

(30) Art. L. 1311-2 del Código General de las Entidades Locales: «*El objeto de dicho arrendamiento no puede ser la ejecución de obras, la entrega de suministros, la prestación de servicios o la gestión de una misión de servicio público, con una contrapartida económica consistente en un precio o un derecho de uso, por cuenta o para las necesidades de un comprador o de una autoridad concedente sujeta al código de orden público.*

En el caso de que dicho arrendamiento sea necesario para la ejecución de un contrato de orden público, este contrato deberá prever, de conformidad con las disposiciones del presente código, las condiciones de ocupación del dominio.

La reforma de los arrendamientos administrativos a largo plazo a raíz de la aprobación de la Ordenanza del 23 de julio de 2015 en las condiciones expuestas anteriormente, lógicamente, conllevó la derogación del sistema inicialmente establecido por el Decreto del 30 de diciembre de 2011.

(31) Art. L. 2341-1 del CGPP: «*Dicho arrendamiento puede celebrarse incluso si se refiere a una dependencia del dominio público. No podrá tener por objeto la ejecución de obras, la entrega de suministros, la prestación de servicios o la gestión de una misión de servicio público, con una contrapartida económica consistente en un precio o un derecho de uso, por cuenta o para las necesidades de un comprador sujeto a la Ordenanza n° 2015-899 de 23 de julio de 2015 sobre contratos públicos o de una autoridad concesionaria sujeta a la Ordenanza n° 2016-65 de 29 de enero de 2016 sobre contratos de concesión.*

En el caso de que dicho arrendamiento sea necesario para la ejecución de un contrato de orden público, este contrato deberá prever, de conformidad con las disposiciones del presente código, las condiciones de ocupación del dominio.

(32) TJUE, 14 de julio de 2016, asunto C-458/14, *Promoimpresa Srl*, Mario Melis, AJDA 2016, p. 2176, nota R. Noguellou; AJCT 2017, p. 109, observaciones O. Didriche.

1. Un *statu quo* insostenible según la legislación de la UE

Si bien la posición adoptada por el Consejo de Estado en su decisión de 2010 podía entenderse, hasta cierto punto, en términos de derecho puramente interno, era difícilmente aceptable tras la sentencia *Promoimpresa* dictada por el TJUE el 14 de julio de 2016.

Este caso se refería a la legislación italiana sobre concesiones demaniales. El litigio se refería a la renovación de concesiones relativas a la ocupación de bienes públicos marítimos y lacustres para el ejercicio de actividades turísticas y recreativas. Dado que la legislación italiana prevé la renovación automática del derecho de ocupación en beneficio del titular de la autorización demanial, la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional nacional era si este régimen jurídico era conforme al Derecho de la UE. De este modo, el Tribunal de Luxemburgo tuvo la oportunidad de pronunciarse, de forma más general, sobre la cuestión de si la concesión de títulos de ocupación demanial puede llevarse a cabo sin ninguna formalidad particular.

En una decisión inequívoca, el Tribunal dictaminó que el marco jurídico europeo vigente exige, en principio, que se organice un procedimiento de selección entre los posibles candidatos a la adjudicación de un derecho de ocupación y se opone a la renovación o prórroga automática de las autorizaciones actuales.

A) Una obligación basada en la Directiva «Servicios» de 2006

a) La Directiva «Servicios»

La Directiva «Servicios» (33), cuyo objetivo es facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los mismos, garantizando al mismo tiempo un alto nivel de calidad de los servicios, es aplicable a la mayoría de los servicios, con las excepciones previstas en la Directiva (34), que se entienden como actividades económicas por cuenta propia realizadas normalmente a cambio de una remuneración (35).

A continuación, el artículo 9 de la Directiva establece el principio de que los Estados sólo pueden someter el acceso a una actividad de servicios y su

(33) Directiva 2006/123/CE, del 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

(34) El ámbito de aplicación material de la Directiva se establece en el artículo 2, que excluye los servicios no económicos de interés general, los servicios financieros como la banca, el crédito, los seguros, etc., los servicios de redes de comunicaciones electrónicas, los servicios de transporte, los servicios sanitarios, etc.

(35) Directiva 2006/123/CE, artículo 4.

ejercicio a un régimen de autorización, es decir, a un «*procedimiento que tenga por efecto obligar a un prestador o a un destinatario a realizar un trámite ante una autoridad competente con vistas a obtener un acto formal o una decisión implícita relativa al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio*» (36) en determinadas condiciones. En particular, el régimen de autorización no debe ser discriminatorio y la necesidad del régimen de autorización debe estar justificada por una razón imperiosa de interés público (37).

Por último, el artículo 12 de la Directiva establece el principio de que los Estados miembros deben organizar un procedimiento de selección entre los posibles candidatos que ofrezca todas las garantías de imparcialidad y transparencia (38) «*cuando el número de autorizaciones disponibles para una actividad determinada sea limitado debido a la escasez de recursos naturales o de las capacidades técnicas utilizables*». El mismo artículo también establece, por un lado, que la autorización se concederá por un periodo de tiempo limitado y no estará sujeta a renovación automática y, por otro, reserva la posibilidad de que los Estados miembros «*tengan en cuenta, al establecer las normas del procedimiento de selección, consideraciones relativas a la salud pública, los objetivos de política social, la salud y la seguridad de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, la protección del medio ambiente, la conservación del patrimonio cultural y otras razones imperiosas de interés general*» (39).

b) El análisis del TJUE

Una de las cuestiones planteadas al Tribunal era si las disposiciones de la Directiva de servicios se aplicaban a las concesiones demaniales que autorizan el ejercicio de actividades turísticas y recreativas en las zonas marítimas y lacustres.

La respuesta a esta cuestión exigía que el Tribunal se pronunciara sobre el concepto de «régimen de autorización» en el sentido de la Directiva. Así, el Tribunal de Justicia indicó que las concesiones demaniales como las controvertidas en el presente caso pueden entrar en esta clasificación, ya que «*constituyen*

(36) Según la definición de «régimen de autorización» del artículo 4 de la Directiva.

(37) La Directiva también exige que «*el objetivo perseguido no pueda alcanzarse con una medida menos estricta, en particular porque un control a posteriori llegaría demasiado tarde para ser realmente eficaz*» (art. 9, c).

(38) Mediante una publicidad adecuada de la apertura del procedimiento, su desarrollo y su cierre.

(39) La posibilidad así reconocida de tener en cuenta estas consideraciones a la hora de establecer las normas del procedimiento de selección no significa, por tanto, que se renuncie a todas las normas de selección.

actos formales, independientemente de su clasificación en el Derecho nacional, que deben obtener los prestadores de servicios de las autoridades nacionales para poder ejercer su actividad económica».

Por consiguiente, en cuanto el número de autorizaciones necesarias para el ejercicio de una actividad de servicios es limitado debido a la escasez de recursos naturales, lo que suele ocurrir, ya que el dominio público no es extensible, la Directiva «Servicios» permite establecer la obligación de anunciar y sacar a concurso la adjudicación de títulos de ocupación del dominio público (contractual o unilateral).

Sin embargo, como señala el Tribunal de Justicia (40), las obligaciones establecidas por la Directiva «Servicios» sólo pueden aplicarse en la medida en que la actividad de servicios realizada no dé lugar a la celebración de un contrato cuyo objeto sea responder a un encargo de la persona pública: en este caso, las normas aplicables son las de la Directiva sobre contratación pública o concesiones de 2014. En otras palabras, en el caso de que la actividad de servicios realizada en el dominio público dé lugar a un contrato con el propietario público, hay que prestar atención al propio objeto de este contrato: si tiene por objeto autorizar el ejercicio de una actividad económica en el dominio público, entra en el ámbito de aplicación de la Directiva «Servicios», siempre que se cumpla la condición de escasez de recursos naturales; si tiene por objeto satisfacer las necesidades del propietario público en materia de prestación de servicios, entra en el ámbito de aplicación de la Directiva «Contratación pública» o de la Directiva «Concesiones».

B) Una obligación basada en las normas fundamentales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

En efecto, es sabido que el Tribunal de Luxemburgo dictaminó, a propósito de la adjudicación de una concesión de servicios que no entraba en el ámbito de aplicación de las directivas de contratación pública entonces aplicables (41), que cuando el Derecho derivado no es aplicable, se aplican las normas del Derecho primario, como la libertad de establecimiento y el principio de no discriminación que se deriva de ella (artículo 49 del Tratado), y presupone el cumplimiento de una obligación de transparencia. Así lo destaca el Tribunal de Justicia en el presente asunto en el considerando 64, al afirmar que *«se ha declarado que las autoridades públicas están obligadas, cuando consideran la posibilidad de adjudicar una concesión que no está comprendida en el ámbito*

(40) Considerandos 45 a 48.

(41) TJCE, 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98, Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH, antes mencionado.

de aplicación de las directivas relativas a las distintas categorías de contratos públicos, a respetar las normas fundamentales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en general y el principio de no discriminación en particular» (42).

En el caso de las autorizaciones demaniales, la sentencia *Promoimpresa* muestra que, en el caso excepcional de que no se aplique la Directiva de servicios, la obligación de organizar un procedimiento para garantizar que las autorizaciones se concedan en condiciones mínimas de transparencia debe imponerse sobre la base de las normas fundamentales del Tratado, siempre que se cumpla la condición relativa a un interés transfronterizo definido (43).

En definitiva, hay que admitir que la interpretación de la Directiva «Servicios» y de los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea realizada por el Tribunal de Luxemburgo en la sentencia *Promoimpresa* socavó la posición del Consejo de Estado y exigió una reforma por parte del legislador francés.

2. La organización de un sistema de licitación para los títulos de ocupación del dominio público

La esperada reforma se llevó a cabo en dos etapas. En primer lugar, el legislador adoptó, el 9 de diciembre de 2016, una ley sobre la transparencia, la lucha contra la corrupción y la modernización de la vida económica que facultaba al Gobierno a adoptar medidas mediante ordenanza para modernizar y simplificar las normas de ocupación y subocupación del dominio público, con el fin, en particular, de prever obligaciones de publicidad previa y de licitación aplicables a determinadas autorizaciones de ocupación y de especificar el alcance de los derechos y obligaciones de los beneficiarios de dichas autorizaciones.

La ordenanza, que pretendía así organizar las condiciones de concesión de los títulos de ocupación del dominio público para tener en cuenta las exigencias europeas expresadas a través de la sentencia *Promoimpresa*, se

(42) El Tribunal cita en particular la sentencia ASM Brescia de 17 de julio de 2008 (asunto C347/06).

(43) Consideración 65 y 66. Cabe señalar que el Consejo de Estado aplicó directamente la Directiva de Servicios en un caso reciente en el que el sistema de licitación de permisos de ocupación del dominio público organizado por la reforma aprobada por la ordenanza de 19 de abril de 2017 (véase más adelante) no era aplicable debido a las condiciones de su entrada en vigor en el tiempo. El Consejo de estado anuló la decisión del Tribunal Administrativo de Apelación de París, que rechazó la aplicación de la directiva en favor del principio de no discriminación (CE, 10 de julio de 2020, n° 434582, *Société Paris Tennis*, BJC 2020, n° 133, p. 144, conclusiones M. Le Corre).

adoptó entonces el 19 de abril de 2017 (44) y sus disposiciones se codificaron en el Código General de la Propiedad Pública en los artículos L. 2122-1-1 y siguientes (45).

A) El principio de publicidad y licitación

El artículo L. 2122-1-1 del CGPP establece expresamente el principio según el cual, cuando el título de ocupación permite a su titular ocupar o utilizar el dominio público con vistas a una explotación económica, la autoridad competente organiza libremente un procedimiento de selección previa que presenta todas las garantías de imparcialidad y transparencia y que incluye medidas de publicidad que permiten a los posibles candidatos expresarse.

Al dirigirse a los títulos que permiten el ejercicio de una actividad económica en el dominio público, estas disposiciones están en consonancia con la lógica de la directiva «Servicios» de 2006 y revierten la jurisprudencia *Ville de Paris* de 2010.

Asimismo, cabe señalar que el cumplimiento de los principios de imparcialidad y transparencia, también protegidos por la Directiva, implica que el procedimiento de selección debe incluir medidas de publicidad para que los posibles candidatos puedan expresarse. Sin embargo, esta obligación no priva a las autoridades públicas de ningún margen de maniobra: como dice el texto, «*la autoridad competente tendrá libertad para organizar el procedimiento de selección*». Esto significa que el procedimiento de selección no es el mismo que los procedimientos formales obligatorios de adjudicación de contratos públicos. El procedimiento de selección al que se hace referencia se aproxima así al procedimiento adaptado previsto en el Código de contratación pública para los contratos públicos inferiores a los umbrales europeos. Por lo tanto, corresponde a la entidad pública propietaria del bien público definir los métodos de publicidad adecuados, en particular a través de un medio desmaterializado, y definir los criterios de selección de los candidatos. Estos criterios pueden referirse a la contabilización de la ocupación, a la toma en consideración de aspectos medioambientales, a la valoración del dominio público, etc.

No obstante, los requisitos establecidos en el artículo L. 2122-1-1 del CGPP se flexibilizan cuando la ocupación o la utilización del dominio público se autoriza por un período de tiempo breve, o cuando el número de autorizaciones disponibles para la actividad económica prevista no es limitado. En este caso, el artículo L. 2122-1-1, párrafo segundo, sólo obliga a la autoridad competente

(44) Ordenanza n° 2017-562 de 19 de abril de 2017 sobre la titularidad de las personas públicas.

(45) El 12 de julio de 2017 se presentó en la Asamblea Nacional un proyecto de ley para ratificar la ordenanza.

a realizar una publicidad previa para informar a los posibles solicitantes de las condiciones de utilización del dominio público de que se trate y permitirles manifestar su interés por ocupar la parcela en cuestión. Si bien se entiende que las cuestiones en juego en cuanto al acceso al dominio público no son en absoluto las mismas que en el caso de que el número de autorizaciones esté limitado por las características del propio dominio o de que la autorización se expida por un periodo muy largo, será necesario especificar las condiciones de aplicación del procedimiento simplificado (46).

Por último, la reforma también tiene en cuenta el caso de que la concesión de un título de ocupación del dominio público sea consecuencia de una manifestación de interés espontánea, sin iniciativa de la autoridad pública. En este caso, corresponde a la autoridad pública, antes de conceder el título, organizar una publicidad suficiente para garantizar que no haya ningún otro interesado. Si así fuera, sería necesario, aunque el texto no lo especifica, organizar el procedimiento de selección al que se refiere el artículo L. 2122-1-1 del CGPP.

B) Excepciones al principio de publicidad y licitación

Más allá de la flexibilidad mencionada y además de que sólo se aplica al dominio público sujeto a su explotación económica (47), el principio de publicidad y concurrencia de permisos de ocupación del dominio público tiene excepciones reales cuyo cumplimiento con el derecho de la Unión Europea parece razonablemente asegurado.

Este es el caso, en primer lugar, cuando el título forma parte de una operación que da lugar a un procedimiento con las mismas características que el procedimiento determinado por el primer párrafo del artículo L. 2122-1-1 del Código (48). Del mismo modo, el procedimiento de selección no se aplica cuando la autorización de ocupación se concede en el marco de un contrato público (contrato público o concesión de servicios u obras) que a su vez está sujeto a un procedimiento de adjudicación específico (49), cuando la urgencia lo justifica (50) o, por último, cuando la autorización tiene por objeto prorrogar una autorización existente (51).

(46) Este es el caso, en particular, de la condición relativa al uso a corto plazo. Aunque las circulares han fijado un umbral de 4 meses, la cuestión de la compatibilidad de esta flexibilidad con la Directiva «Servicios» sigue vigente, ya que esta última no prevé tal posibilidad.

(47) Véase infra, III sobre estos puntos.

(48) CGPP, art. L. 2122-1-2, 1°.

(49) CGPP, art. L. 2122-1-2, 2°.

(50) CGPP, art. L. 2122-1-2, 3°. En este caso, la duración del título no puede ser superior a un año.

(51) CGPP, art. L. 2122-1-2, 4°.

Las obligaciones de publicidad y de licitación de los títulos de ocupación del dominio público ceden, según lo previsto en el artículo L. 2122-1-3 del Código, cuando el procedimiento de selección *«resulte imposible o injustificado»*. Las excepciones a las que se refiere (52) se inspiran en las conocidas en la legislación sobre contratación pública. Se trata de casos en los que sólo una persona tiene derecho a ocupar el bien de dominio público en cuestión, en los que el administrador del dominio ejerce un estrecho control sobre el ocupante (*«in house demanial»* (53)), en los que un procedimiento de selección inicial ha resultado infructuoso o en los que ha quedado sin respuesta una publicidad suficiente para permitir la expresión del interés pertinente. También es el caso cuando las características objetivas específicas de la dependencia (en particular, geográficas, físicas, técnicas o funcionales, sus condiciones particulares de ocupación o de uso, o las especificidades de su cesión) justifican la adjudicación amistosa del título con respecto al ejercicio de la actividad económica prevista (54) o cuando existen imperativos relativos al ejercicio de la autoridad pública o consideraciones de seguridad pública.

Por último, cabe señalar que se han introducido nuevas excepciones específicas desde la entrada en vigor de la ordenanza de 2017. Así, con la adopción de la ley ELAN (55) un nuevo artículo L. 2122-1-3-1 se ha creado en el Código General del Patrimonio de las Personas Públicas, del que se desprende que el procedimiento de selección no se aplica a la expedición de títulos destinados a *«la instalación y explotación de una red de comunicaciones electrónicas abierta al público»*, así como a los destinados a la instalación y explotación, en el dominio público del Estado, de una instalación de producción de electricidad a partir de energías renovables, de una instalación de producción de biogás, o de una instalación de producción de hidrógeno renovable (56).

Como puede verse, la reforma aprobada en 2017 ha permitido recuperar el retraso de Francia en materia de licitación de títulos de ocupación del domi-

(52) El artículo L. 2122-1-3 del CGPP no ofrece una lista limitativa de excepciones y se limita a mencionar las más notables, como se desprende del uso del adverbio *«notablemente»*. La Circular n° CPAEA727822C de 19 de octubre de 2017 ha venido a conformar el carácter no limitativo de las excepciones.

(53) En palabras de C. Roux, *Noces de cire: les (quatre) premiers feux de la mise en concurrence des titres domaniaux, Contrats et Marchés publics*. 2021, estudio 2.

(54) Véase por ejemplo: TA Nantes, 1^{er} de julio 2020, n° 1803663, Asociación *«Les amis du collectif pour un festival Hellfest respectueux de tous»*.

(55) Ley n° 2018-1021, de 23 de noviembre de 2018, sobre la evolución de la vivienda, el desarrollo y la economía digital. El artículo L. 2122-1-3-1 de la CGPP fue modificado por la Ley n° 2021-1104, de 22 de agosto de 2021, relativa a la lucha contra el cambio climático y al refuerzo de la resiliencia a sus efectos.

(56) La exención del procedimiento de selección para la adjudicación del título de ocupación se debe a que el operador fue elegido tras un procedimiento de licitación organizado por el Código de la Energía para la producción y explotación de la instalación.

nio público. Aunque el juez administrativo está siendo llevado gradualmente a clarificar la aplicación de la reforma, la evolución aún no está completa.

IV. UNA EVOLUCIÓN INACABADA

La reforma llevada a cabo por la ordenanza de 2017 no ha conseguido completamente su objetivo, ya que el procedimiento de selección previa que organiza para la asignación de títulos de ocupación de las propiedades públicas solo afecta al dominio público, excluyendo el privado. Esta situación provoca considerables dificultades prácticas.

1. La cuestionable exclusión de los títulos de ocupación del dominio privado del ámbito de la reforma

La ocupación y el uso del dominio privado de las personas públicas no están sujetos a las disposiciones de los artículos L. 2122-1-1 y siguientes del CGPP.

Este tratamiento diferenciado de los ámbitos público y privado es, de hecho, completamente injustificado. En efecto, no hay ninguna razón seria para considerar que la ocupación del dominio privado deba sustraerse a toda obligación de publicidad y licitación previas, ya que el dominio privado puede ser también el lugar de las actividades económicas del mismo modo que el dominio público. Es cierto que los bienes privados suelen ser menos escasos que los públicos, pero esto no puede justificar una exención general del procedimiento de selección.

Además, hay que señalar que a nivel europeo se desconoce esta distinción dominio público/dominio privado, ya que la Directiva «Servicios» de 2006 ignora estos conceptos. Como muestra la sentencia *Promoimpresa*, lo que importa es si las autorizaciones (bajo cualquier forma, contractual o unilateral) emitidas por las autoridades nacionales son necesarias para el ejercicio de una actividad económica y si su número es limitado, en particular debido a la escasez de recursos naturales. Por lo tanto, esta valoración es irrelevante para la naturaleza jurídica del inmueble sede de la actividad.

De hecho, el silencio de la ordenanza de 2017 sobre esta cuestión se explica por los límites de la habilitación legislativa: la ley de 2016 bajo la que se dictó la ordenanza se refería expresamente sólo al dominio público. Por consiguiente, el Gobierno, que estaba obligado a respetar los límites de esta facultad, no podía ir más allá en el contexto de la ordenanza.

Esta situación es analizada unánimemente como no respetuosa con el derecho de la Unión Europea y una respuesta ministerial (57) confirmó la obligación

(57) Véase en particular la respuesta ministerial n° 12868 de 29 de enero de 2019, JOAN, p. 861.

de organizar un procedimiento de selección de candidatos para la ocupación del dominio privado con el fin de respetar plenamente las exigencias de la Directiva «Servicios» tal y como la interpreta la jurisprudencia *Promoimpresa*.

2. La exclusión de los títulos de ocupación del dominio privado como fuente de importantes dificultades prácticas

En la práctica, el vacío legal que deja la reforma podría llenarse con la aplicación directa de la Directiva (58) o, en caso de que no sea aplicable, con las normas generales del TFUE, en particular el artículo 49. Sin embargo, la situación no es tan sencilla, como lo demuestra la reciente sentencia del Tribunal Administrativo de Apelación de Burdeos de 2 de noviembre de 2021 (59) relativa al contrato de arrendamiento a plazo largo celebrado entre la ciudad de Biarritz y una empresa local semipública (Socomix) relativo a los muros y dependencias del «Hôtel du Palais», que la ciudad posee desde 1956 y que entra en su dominio privado.

En resumen, la cuestión planteada al Tribunal de Burdeos era si la celebración de un contrato de arrendamiento de 75 años sobre una dependencia en el dominio privado de la ciudad de Biarritz debía ir precedida de un procedimiento de selección con publicidad y concurso.

El Tribunal tuvo que dar una respuesta negativa a esta espinosa cuestión en tres pasos.

En primer lugar, el Tribunal descartó la aplicación del procedimiento de selección previsto en el artículo L. 2122-1-1 del CGPP por considerar que el «Hôtel du Palais» no forma parte del dominio público de la ciudad de Biarritz al no estar adscrito al servicio público de turismo, sino a su dominio privado, al que no se aplica dicho procedimiento.

A continuación, por lo que respecta a la Directiva «Servicios», el Tribunal examina, en este caso, las condiciones de aplicación del sistema que organiza. Centrándose en el concepto de «régimen de autorización» en el sentido del artículo 4 de la Directiva (60), concepto que constituye un criterio esencial para

(58) Véase, por ejemplo: CE, 10 de julio de 2020, n° 434582, *Société Paris Tennis*, *supra*.

(59) CAA Burdeos, 2 de noviembre de 2021, n° 19BX03590, Mme A, BJCP n° 141, p. 99, nota S. Nicinski; G. Eckert, *Faut-il mettre en concurrence la conclusion d'un bail emphytéotique sur le domaine privé*, *Contrats et Marchés publics* 2022, comm. 21; I. Le Bris, *Bail emphytéotique administratif et mise en concurrence*, *AJDA* 2022, p. 84.

(60) Cabe recordar que el artículo 4 de la Directiva 2006/123, de 12 de diciembre de 2006, establece que «A efectos de la presente Directiva, se entenderá por "régimen de autorización" todo procedimiento que tenga por efecto obligar a un prestador o a un destinatario a actuar ante una autoridad competente con vistas a obtener un acto formal o una

la aplicación de la Directiva, el Tribunal declaró que *«la celebración del contrato de arrendamiento a largo plazo no constituye, en sí misma, una etapa a la que se supedita el ejercicio de una actividad hotelera por parte de Socomix o incluso la continuación de su explotación del Hotel du Palais y no autoriza, por otra parte, a Socomix a ejercer tal actividad o a explotar dicho hotel»*. En consecuencia, dedujo que el arrendamiento *«no está comprendido en el ámbito de aplicación de las citadas disposiciones de la Directiva (...)»* y subrayó, de pasada y sin más explicaciones, que *«en cualquier caso, este arrendamiento no se refiere a la utilización de recursos naturales o de capacidades técnicas de carácter excepcional en el sentido de las citadas disposiciones de la Directiva»*.

Sin embargo, hay que reconocer que el razonamiento del Tribunal no es convincente, ya que refleja una interpretación que no respeta la jurisprudencia *Promoimpresa*. En efecto, si bien es difícilmente discutible que el contrato de arrendamiento controvertido no puede considerarse que autorice en sí mismo la actividad hotelera (actividad económica), que puede ejercerse fuera del dominio de las personas públicas, no es menos discutible, a la luz de la sentencia del Tribunal de Luxemburgo, que el contrato de arrendamiento constituya en el presente caso una autorización necesaria para la explotación del «Hôtel du Palais», precisamente porque éste se encuentra en el dominio privado de la ciudad de Biarritz. Por otra parte, afirmar, sin más precisiones, que el «Hôtel du Palais» no constituye un recurso natural escaso en el sentido del artículo 12 de la Directiva resulta cuando menos sorprendente, cuando se sabe que este establecimiento es el único que ha obtenido la etiqueta «Palace» en el municipio y en la región.

Por último, una vez rechazada la Directiva, al Tribunal le quedaba pronunciarse sobre la posible aplicación del artículo 49 del Tratado, relativo a la libertad de establecimiento y al principio de no discriminación.

También en este caso, el Tribunal rechaza la aplicación de esta base legal, al considerar que *«este arrendamiento se refiere únicamente a una operación puramente patrimonial y no a una actividad económica, ni condiciona el acceso a dicha actividad»*. Sin embargo, este análisis contradice el del juez europeo para quien los títulos de ocupación demaniales en el caso *Promoimpresa* se referían a *«un derecho de establecimiento en la zona demanial con vistas a la explotación económica con fines turístico-recreativos»*. En el presente caso, es difícil apartarse de esta apreciación: el contrato de arrendamiento concedido por la ciudad a la empresa se refiere al derecho de establecimiento de ésta, permitiéndole acceder a la explotación del «Hôtel du Palais».

decisión implícita relativa al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio; (...) 9 La presente Directiva se aplicará exclusivamente a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio.

En definitiva, hay que admitir que la posición del Tribunal de Burdeos no es convincente en la medida en que hace de la naturaleza del bien público ocupado (público o privado) el criterio aparentemente decisivo para la aplicación de un procedimiento de selección previa para la atribución de títulos de ocupación. En otras palabras, la cuestión no se habría planteado si el hotel hubiera estado situado en el dominio público de la ciudad. Con ello, el Tribunal de Justicia parece ignorar la lógica del Derecho de la Unión Europea, que se basa en la identificación de un régimen de autorización como condición para el ejercicio de una actividad económica, con independencia del lugar en que se ejerza dicha actividad.

Como han señalado numerosos autores, la aclaración de la situación en Francia y su armonización con el derecho de la Unión Europea requeriría la intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a través de una cuestión prejudicial (61) así como la del legislador para incluir el dominio privado en el ámbito de la obligación de anunciar y licitar los títulos de ocupación demanial.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BERNARDI, Eve-Line (2017): «Publicité et mise en concurrence: quel type de procédure mettre en place en pratique, dans quels cas?», *Actualité juridique Collectivités Territoriales*, p. 489.
- DIDRICHE, Olivier (2017): «Focus sur le bail emphytéotique administratif local», *Actualité juridique Collectivités Territoriales*, p. 493.
- ECKERT, Gabriel (2010): «Fin du feuillet Jean Bouin: les conventions d'occupation du domaine public peuvent être conclues sans publicité», *Contrats et Marchés publics*, comm. 25.
- ECKERT, Gabriel (2022): «Faut-il mettre en concurrence la conclusion d'un bail emphytéotique sur le domaine privé», *Contrats et Marchés publics 2022*, comm. 21.
- LE BRIS, Isabelle (2022): «Bail emphytéotique administratif et mise en concurrence», *Actualité juridique Droit administratif*, 2022, p. 84.
- LOMBARD, Frédéric (2017): «Aux origines de l'ordonnance du 19 avril 2017 imposant l'obligation d'une procédure de sélection préalable à l'attribution des titres domaniaux», *Actualité juridique Collectivités Territoriales*, p. 480.
- NOGUELLOU, Rozen (2016): «L'attribution des autorisations domaniales: feu l'arrêt Jean Bouin...», *Actualité juridique Droit administratif*, p. 2176.

(61) Cabe señalar que el Tribunal de Burdeos rechazó expresamente la hipótesis de una cuestión prejudicial (considerando 10).

- ROMBAUTS-CHABROL, Typhaine (2017): «Occupation du domaine public et mise en concurrence: *focus* sur la procédure simplifiée», *Actualité juridique Collectivités Territoriales*, p. 486.
- ROUX, Christophe (2021): *Noces de cire: les (quatre) premiers feux de la mise en concurrence des titres domaniaux*, Contrats et Marchés publics 2021, étude 2.
- TERNEYRE, Philippe (1994): «Les montages contractuels complexes», *Actualité juridique Droit administratif*, p. 43.

