

Patrimonio de las Administraciones públicas

Julio Galán Cáceres

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa
Profesor del CEF-*

Extracto

Se plantean en este supuesto práctico cuestiones jurídicas de diversa índole relacionadas con un bien de carácter de dominio público propiedad de la Administración General del Estado (la viabilidad de su enajenación, un conflicto de atribuciones entre dos ministerios, las circunstancias surgidas de una autorización de uso tanto individual como a favor de una asociación), el acceso o no a la información solicitada por un ciudadano, las peculiaridades de un contrato administrativo de servicios y, finalmente, vicisitudes en un procedimiento de deslinde entre una finca de la AGE y otra, propiedad de un particular.

Palabras clave: dominio público; enajenación; concesión de dominio público; derecho de información; contrato de servicios; procedimiento de deslinde.

Fecha de entrada: 01-12-2020 / Fecha de aceptación: 23-12-2020

Enunciado

En el ministerio competente en materia de Educación se producen las situaciones siguientes:

1. La sede del referido ministerio ha quedado obsoleta. Ante ello, el ministro del departamento ha decidido su enajenación directa al ayuntamiento y, con el precio obtenido, adquirir un nuevo inmueble que albergue aquella. Sin embargo, antes de procederse a su enajenación, el ministerio, con competencia en materia de medio ambiente, estima que, por su ubicación y amplitud, podría servir perfectamente para sede del referido ministerio, por lo que solicita el inmueble, que no es admitida por el órgano competente. Ante ello, el ministro plantea un conflicto de atribuciones con el otro ministerio. Finalmente, aquella acaba adscribiéndose a un organismo autónomo del ministerio que lo necesitaba para el cumplimiento de sus fines.
2. Junto a la sede del ministerio y formando parte del mismo existe una explanada, separada del exterior mediante un vallado de hierro, que se aprovecha durante el buen tiempo para celebrar actos institucionales por la Administración, pero que normalmente se encuentra abierta al público al existir un parque y diversos juegos infantiles.

Don AAA ha solicitado autorización para que le sea concedido un espacio de 250 m² para la instalación, con carácter permanente, de un quiosco de venta de pren-

sa, comida y bebida e instalación de una terraza, por un periodo de cinco años. La Administración ha accedido a ello.

Esto provoca un recurso de reposición de otra persona que también tenía interés en la colocación del mismo tipo de quiosco y que así lo había solicitado a la Administración, señalando, además, en su recurso, que no bastaba la autorización que se le concedió. A los dos años, mediante documento privado cede la explotación del quiosco a don BBB. Transcurridos dos años más, la Administración, de acuerdo con la previsión recogida en la concesión, decide revocar aquella, aduciendo que ha cambiado de criterio al respecto, argumentó este al que se opone don AAA que, subsidiariamente, solicita una indemnización. También, don BBB interpone recurso argumentando que la Administración había consentido la referida cesión por conocer de su existencia y por el pago de las tasas correspondientes. Afirma en su recurso que supone desconocer derechos adquiridos por su parte.

Pese a lo acordado por la Administración respecto a la extinción de la concesión, el señor BBB continuó con la explotación durante un año más, siguiendo pagando la tasa oportuna que era aceptada por la Administración. A la vista de ello, don BBB entendió que se había producido una prórroga de la concesión o su tácita reconducción.

3. Se ha recibido escrito en el referido ministerio firmado por la representación de un colectivo de artesanos que solicitan autorización para instalar los sábados, domingos y festivos por las mañanas unos tenderetes desmontables en la extensa explanada a que nos venimos refiriéndonos, al objeto de exponer y vender objetos de artesanía. El ministerio resuelve en forma desestimatoria dicho escrito. Los artesanos, en desacuerdo con dicha resolución, acuden al despacho de un abogado para que interponga el oportuno recurso contencioso-administrativo, cosa que este hace ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia.
4. Ha llegado al Registro la solicitud de información de una persona referida a si existen limitaciones, cargas o servidumbres sobre 20 inmuebles, rústicas y urbanas, que tienen el carácter de patrimonial.

En la solicitud no se especifica la finalidad a que va a ser destinada la información solicitada. Ante ello la Administración resuelve desestimando la solicitud.

5. Para dar servicio al personal allí existente y al público en general, se ha reservado en el inmueble adjudicado un espacio dedicado a restauración (cafetería-restaurante), para lo que se ha realizado un contrato administrativo especial –así venía señalado en su pliego de cláusulas administrativas particulares– adjudicado a la empresa LLL, SRL por importe de 150.000 euros anuales, tras el correspondiente proceso competitivo. Uno de los candidatos a dicha adjudicación interpone recurso especial en materia de contratación basado en:

- Que la empresa adjudicataria había retirado indebidamente su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación anterior.
- Que no se había tramitado procedimiento alguno para la concesión demanial del espacio público.

Finalizado el tiempo de ocupación, la empresa se resiste a abandonar el espacio que había venido ocupando, por lo que la Administración ejercita la potestad de recuperación de oficio del bien.

6. Finalmente, es de constatar que, lindando con el espacio que ocupa el inmueble, colindando con el mismo –en concreto con la explanada– se encuentra otro de propiedad privada en el que, en opinión de la Administración, y pese a la existencia de escritura pública inscrita en el Registro a favor del particular, existen unos 10 m que le pertenecen. Ante ello, la Administración decide poner en marcha el procedimiento de deslinde para aclarar definitivamente la cuestión. Iniciado el procedimiento el propietario de la finca colindante interponer recurso de reposición, solicitando la suspensión del mismo, alegando, según constancia en escritura pública de propiedad inscrita en el Registro, que no procedía el deslinde al existir una acequia que fija la división de ambos inmuebles a lo largo de toda la línea divisoria. Al desoír la Administración dicho argumento, siguió con el procedimiento por lo que el propietario de la finca privada interpuso, en primer lugar, un juicio de tutela posesoria (antigua interdicto de retener y recobrar la posesión) y, posteriormente, con anterioridad la finalización del procedimiento administrativo, el ejercicio de acción reivindicatoria ante la jurisdicción ordinaria.

Durante la tramitación del procedimiento de deslinde, la Administración se plantea la posibilidad del desistimiento y de la renuncia en el procedimiento.

Finalmente continúa con el mismo, que resuelve señalando que aquellos 10 m de dudosa titularidad pertenecen a la Administración.

Ante ello el interesado interpone el oportuno recurso contencioso-administrativo.

Cuestiones planteadas:

Conteste, de forma razonada, a las cuestiones que se plantean en el relato de hechos en torno a:

1. Enajenación de la sede del ministerio. Deseo del ministerio con competencia en materia de medio ambiente para que sea su desde. Conflicto de atribuciones. Adscripción a un organismo autónomo.

2. Legitimación para recurrir. Título para la instalación del quiosco. Fondo del asunto. Cesión del quiosco.
3. Análisis del ajuste del derecho de la revocación de la concesión. Conteste razonadamente si el señor don AAA tiene derecho a indemnización.
4. Legitimación de don BBB para recurrir. ¿Vincula a la Administración del pago de tributos y tasas por parte de aquel? ¿Supondría desconocer derechos adquiridos si el ayuntamiento procede al desahucio del mismo?
5. ¿Es ajustada a derecho el criterio de don BBB que considera prorrogada la concesión por su tácita reconducción porque, a pesar de haber declarado la extinción de la misma, continúa la explotación de un año más?
6. Recurso contencioso-administrativo interpuesto por unos artesanos contra la resolución desestimatoria de la Administración, que no les permite colocar los sábados, domingos y festivos por las mañanas sus tenderetes en la explanada para vender sus objetos de artesanía.
7. Ajuste a derecho de la resolución administrativa desestimando la solicitud realizada por una persona sobre 20 inmuebles patrimoniales respecto a las cargas o servidumbres que pudieran existir sobre los mismos. La Administración, al no justificarse la finalidad de información, desestima aquella.
8. Comente las incidencias jurídicas de los hechos narrado en el número 5.
9. Ajuste a derecho el ejercicio de la acción posesoria o recuperación de oficio ejercitada por la Administración.
10. Comente las incidencias jurídicas de los hechos narrados en el número 6.

Solución

1. Enajenación del inmueble. Deseo del ministerio con competencia en materia de medio ambiente para que sea su desde. Conflicto de atribuciones. Adscripción a un organismo autónomo

a) Enajenación del inmueble

No sería ajustada a derecho, siendo nula de pleno derecho a tenor de lo dispuesto en el artículo 47.1 b) y c), de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), referente a la nulidad de actos dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

La sede es un bien de dominio público, a tenor de lo establecido en el artículo 5.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), ya que tienen tal condición aquellos edificios u oficinas que alojen servicios o dependencia de los órganos de la AGE. Al ser un bien de carácter demanial es inalienable, conforme al artículo 6 a) del referido texto legal.

Para su enajenación habría que convertirlo en bien patrimonial mediante el procedimiento de desafectación a que se refiere el artículo 70 de la LPAP, previa incoación del procedimiento instruido por la Dirección General de Patrimonio del Estado, a propuesta del ministerio interesado y resolución del ministro de Hacienda.

Por tanto, al no hacerse así concurre el vicio de nulidad del artículo 47.1 c) de la LPAC, al tratarse de un acto de contenido imposible, pues al ser de dominio público estaba sustraído al comercio y no era enajenable.

Por otra parte, concurre también el vicio contemplado en la letra b) del artículo 47.1, ya que el órgano competente para su enajenación no era el ministro competente en materia de educación, sino el ministro de Hacienda, con autorización del Consejo de Ministros si excede el precio de 20 millones de euros.

En relación con la adjudicación directa, el artículo 137.4 a) de la LPAP lo permite cuando el adquirente sea otra Administración pública o, en general, cualquier persona jurídica de derecho público o privado perteneciente al sector público.

b) Deseo del ministerio competente en materia de cultura

Con respecto al deseo del ministro competente en materia de cultura, sería preciso efectuar una mutación demanial, es decir, la desafectación al Ministerio de Educación y la simultánea afectación al de Medio Ambiente. Es preciso que se haga de manera expresa, conforme al artículo 71.1 y 2 de la LPAP y conforme al procedimiento previsto en el artículo 72, siendo órgano competente para resolver el procedimiento el ministro de Hacienda.

c) Conflicto de atribuciones

Respecto al conflicto de atribuciones planteado por el ministerio competente en materia de medio ambiente, conforme al artículo 2 i) de la Ley 50/1997, del Gobierno, corresponderá resolverlo al presidente del Gobierno.

Pero en este caso no concurren los requisitos para la existencia de tal conflicto de atribuciones porque, en absoluto, el ministro de Hacienda se ha atribuido competencias del otro ministerio, sino que ha ejercido una atribución que, como hemos visto anteriormen-

te, la LPAP se la otorga. La ley, en ningún caso, establece supuestos de obligatoriedad en la que se deba llevar a cabo la mutación demanial, sino que es una cuestión, aparte de la legalidad, más de conveniencia y oportunidad que debe ejercitarse en el ámbito de los órganos de las Administraciones públicas, sin trascendencia para terceras personas.

d) Adscripción a organismo autónomo

El artículo 73.1 de la LPAP señala que:

Los bienes y derechos patrimoniales de la Administración General del Estado podrán ser adscritos a los organismos públicos dependientes de aquella para su vinculación directa a un servicio de su competencia, o para el cumplimiento de sus fines propios. En ambos casos, la adscripción llevará implícita la afectación del bien o derecho, que pasará a integrarse en el dominio público.

Este inmueble tenía la naturaleza de bien demanial, por lo que no era posible la adscripción. Es un vicio de anulabilidad del artículo 48 de la Ley 39/2015.

2. Legitimación para recurrir. Título para la instalación del quiosco. Fondo del asunto

- **En cuanto a la legitimación** para recurrir, parece fuera de toda duda puesto que don BBB tiene interés en el asunto en cuanto que había solicitado a la Administración la posibilidad de instalar un quiosco en dicha parte del terreno público. De manera que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 4 de la LPAC y 19 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, resulta indiscutible que don BBB puede ser tenido como interesado o como legitimado en los procedimientos incoados al respecto.
- **En cuanto al título necesario** para la instalación del quiosco, es decir, el título habilitante que comporta autorización para la utilización de esa porción del dominio público, debemos señalar que, según el artículo 85.2 de la LPAP, es uso que implica un aprovechamiento especial del dominio público el que, sin impedir el uso común, supone la concurrencia de circunstancias tales como la peligrosidad o intensidad del mismo, preferencia en casos de escasez, la obtención de una rentabilidad singular u otras semejantes, que determinan un exceso de utilización sobre el uso que corresponde a todos o un menoscabo de este.

Y el artículo 85.2 y 3 señalan que es uso privativo, el que determina la ocupación de una porción del dominio público, de modo que se limita o excluye la utiliza-

ción del mismo por otros interesados. El uso privativo de los bienes de dominio público que determine su ocupación con obras o instalaciones fijas deberá estar amparado por la correspondiente concesión administrativa.

Si bien existe en la doctrina del Tribunal Supremo algún pronunciamiento que, en relación con la instalación de quioscos en la vía pública, ha atendido para su inclusión en el supuesto de uso especial o privativo a las circunstancias que concurren en cada caso concreto y, entre ellas, las de mayor o menor fijeza y solidez de la instalación y la vocación de transitoriedad o permanencia, con carácter general, en realidad, se distingue dos posibles situaciones:

- a) Cuando se trata de una ocupación por prolongada y consistente permanencia en la utilización de la parcela de la vía pública que lleva consigo, de alguna manera, la transformación física de la dependencia demanial; estaríamos ante un uso privativo que requiere concesión administrativa demanial. Este es nuestro caso, puesto que ya se concedió el uso durante cinco años y la instalación es fija, alterándose sin duda alguna la realidad física del terreno, que abarca la extensión de 250 m².
 - b) Cuando la instalación constituye un simple estacionamiento, esto es, una utilización privativa que no comporte la realización de ninguna obra de importancia, que no origine una alteración física de la dependencia demanial y que sea por un breve espacio de tiempo. Entonces, normalmente se suele afirmar que requiere únicamente licencia o autorización y no concesión administrativa.
- **Con respecto al fondo de la cuestión**, parece que el recurso deberá ser estimado, en primer lugar, por la razón antes dicha, pues parece preciso más bien la concesión demanial que la simple autorización, lo cual supone prescindir del procedimiento legalmente establecido, vicio de nulidad recogido en el artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015. En segundo lugar, porque el artículo 93.1 de la LPAP señala que el otorgamiento de concesiones sobre bienes de dominio público se efectuará en régimen de concurrencia. No obstante, podrá acordarse el otorgamiento directo en los supuestos previstos en el artículo 137.4 de esta ley, cuando se den circunstancias excepcionales, debidamente justificadas, o en otros supuestos establecidos en las leyes. No parece que nos encontremos ante ninguno de estos supuestos. De manera que debió haberse acudido al régimen de concurrencia en la concesión demanial, debiendo haberse redactado las bases de dicha concesión por la administración y otorgarla a la mejor oferta. Al haber realizado la adjudicación directa, sin motivo alguno para ello, nos encontramos con un segundo vicio de nulidad de la misma naturaleza que el anterior, ya que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

- **En cuanto a la competencia** para otorgar la concesión demanial, será del ministro competente en materia de educación, que es el que tiene adscrito el referido inmueble.
- **En cuanto a la cesión** a don BBB, el artículo 92 de la LPAP lo permite respecto a las autorizaciones, al señalar que no serán transmisibles las autorizaciones para cuyo otorgamiento deban tenerse en cuenta circunstancias personales del autorizado o cuyo número se encuentre limitado, salvo que las condiciones por las que se rigen admitan su transmisión.

Respeto de las concesiones, el artículo 98, referido a la transmisión de derechos reales, señala que los derechos sobre las obras, construcciones e instalaciones de carácter inmobiliario a que se refiere el artículo precedente solo pueden ser cedidos o transmitidos mediante negocios jurídicos entre vivos o por causa de muerte o mediante la fusión, absorción o escisión de sociedades, por el plazo de duración de la concesión, a personas que cuenten con la previa conformidad de la autoridad competente para otorgar la concesión.

3. Análisis del ajuste a derecho de la revocación de la concesión. Conteste razonadamente si el señor don AAA tiene derecho a indemnización

La Administración dispone de amplias facultades en lo que concierne al otorgamiento de la concesión demanial y su renovación.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1996 afirmaba textualmente:

La concesión demanial supone una relación bilateral, que comporta para el concesionario unos determinados derechos administrativos que no pueden ser desconocidos por la libre decisión de la administración concedente. Y, frente a su inicial concesión en la práctica administrativa, la precariedad administrativa debe considerarse como cláusula confesional, relacionada con el elemento causal y encaminada a preservar la finalidad del dominio público frente a una utilización anormal del mismo, que no excluye siempre el reconocimiento de la oportuna indemnización cuando, sobre su base, se procede a la revocación de la correspondiente concesión por motivos de oportunidad conectado con el interés público específico a que sirve el bien de dominio público [...] ahora bien, existe también una precariedad administrativa extraordinaria que elimina cualquier pretensión de compensación económica indemnizatoria cuando, además de resultar normativamente admisible y consignarse dicha cláusula expresamente, la concesión está ligada a una concreta situación de interinidad de carácter marcadamente transitorio que conoce y afecta al concesionario.

El artículo 100 de la LPAP contempla las causas de extinción de la concesión, y la más parecida a la que trata de ejercer ahora la Administración, que es la revocación, es la con-

templada en el apartado d), consistente en el rescate de la concesión, previa indemnización, o revocación unilateral de la autorización.

El artículo 92.4 de la LPAP señala que:

Las autorizaciones podrán ser revocadas unilateralmente por la Administración concedente en cualquier momento por razones de interés público, sin generar derecho a indemnización, cuando resulten incompatibles con las condiciones generales aprobadas con posterioridad, produzcan daños en el dominio público, impidan su utilización para actividades de mayor interés público o menoscaben el uso general.

Por lo tanto, solo la concurrencia del interés público, por las causas referidas en el párrafo anterior, podrá provocar la revocación unilateral sin derecho a indemnización (párrafo muy controvertido por la doctrina por cuanto que, aunque concurra el interés público, no cabe duda de que se trata de una especie de expropiación forzosa sin derecho a la indemnización). En este caso, la causa que provoca la revocación es, simplemente, el cambio de criterio de la Administración concedente.

Poco importa que en el pliego de bases o en el contrato que rija esta concesión se hubiere establecido esta posibilidad de que la Administración pueda revocar, en cualquier momento, por cualquier causa, sin derecho a indemnización, la concesión otorgada, por lo que no cabe duda de que se pueden realizar aquellos negocios jurídicos, actos o contratos, pero siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico, y es claro que esta condición es contraria el artículo 92.4 de la LPAP y no sería ajustada a derecho.

En conclusión, don AAA tendrá derecho a la indemnización y a daños y perjuicios, que se deberán acreditar en el procedimiento correspondiente, tales como los gastos en que hubiere incurrido en la construcción del quiosco, teniendo en cuenta los años que le quedaban de explotación, entre otros.

4. Legitimación de don BBB para recurrir. ¿Vincula a la Administración del pago de tributos y tasas por parte de aquel? ¿Supondría desconocer derechos adquiridos si el ayuntamiento procede al desahucio del mismo?

Respecto a la legitimación para recurrir no cabe duda ninguna, por tener también la condición de interesado, al habersele transmitido la concesión por parte de don AAA. Por lo tanto, es titular de intereses susceptibles de protección y le afecta y perjudica la extinción de la concesión decretada por la Administración.

El abono de tasas es un tributo que no presupone, en ningún caso, autorización o legalización de situaciones, ni que la Administración quede vinculada por el mero hecho de recibir

estos importes, pues se trataría de situaciones ilegales que no pueden convalidarse en modo alguno (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1981 o de 5 de julio de 1985).

Por lo tanto, si la Administración declara la extinción de la concesión, no cabe duda de que los efectos se extienden a don BBB que, en su caso, tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios que pueda acreditar y a que los tribunales, a través del recurso interpuesto, puedan declarar no ajustada a derecho la extinción de la concesión de dominio público otorgada, siempre que tal transmisión se haya realizado con autorización de la Administración concedente.

No existía ningún derecho adquirido que le confiera el poder de explotar la concesión hasta su finalización, sino que, como hemos visto, la ley prevé causas de extinción con anterioridad al vencimiento del plazo y, en su caso, la oportuna indemnización de daños al afectado.

5. ¿Es ajustada a derecho el criterio de don BBB que considera prorrogada la concesión o su tácita reconducción porque, a pesar de haber declarado la extinción de la misma, continúa la explotación un año más?

Carece de razón en el argumento que utiliza, en primer lugar, porque no es procedente hablar de prórroga de la concesión o tácita reconducción de la misma cuando la razón de su extinción no ha sido el vencimiento del plazo, sino la revocación por parte de la Administración –discutible desde el punto de vista jurídico si no conllevará el derecho a la indemnización–. En segundo lugar, nada cambia la situación el hecho de que la Administración hubiera permitido la explotación de la concesión durante un año más ni que don BBB hubiera seguido pagando la tasa correspondiente para ello. En tercer lugar, en relación con el pago de la tasa, ningún reproche merece, ni puede pedir su devolución, puesto que se ha seguido beneficiando de la concesión durante ese año. Con respecto a la inactividad de la Administración, ignoramos las razones; lo más que podría exigirse es la responsabilidad del culpable de esta morosidad o retraso en su actuación para la ejecución material efectiva de la extinción de la concesión que, además, debería conllevar, conforme al artículo 101.1 de la LPAP, la demolición de lo construido a costa del concesionario.

6. Recurso contencioso-administrativo interpuesto por unos artesanos contra la resolución desestimatoria de la Administración, que no les permite colocar los sábados, domingos y festivos por las mañanas sus tenderetes en la explanada para vender sus objetos de artesanía

Lo primero que hemos de indicar es que el Tribunal Superior de Justicia no es competente para conocer de ese recurso contencioso-administrativo, ya que el órgano competente para pronunciarse sobre aquella cuestión, y autor, por tanto, de la resolución desestimatoria

fue, según el artículo 95 de la LPAC, el ministro competente en materia de Educación, que es quien lo tiene afectado. Por lo tanto, el órgano competente era la Audiencia Nacional, a tenor de lo establecido en el artículo 11 de la LJCA.

Por otra parte, no existe ningún derecho previo de ocupación de una parte de un bien de dominio público, sino que es discrecional para la Administración la concesión o no del uso especial o privativo del bien demanial, la cual ha de resolverse teniendo en cuenta el interés general, que conlleva el contemplar otros posibles usos generales para la ciudadanía, como puede ser pasear o disfrutar con los hijos del parque existente. Y esto, salvo grosera y desviada interpretación por parte de la Administración, corresponde exclusivamente a esta.

Por tanto, lo que ha ejercitado la asociación de artesanos es más bien un derecho de petición del artículo 29, desarrollado por la Ley Orgánica 4/2001, de 12 noviembre, que según su artículo 11 obliga al destinatario del derecho a responder en el plazo de tres meses. Lo que ha ocurrido en este caso es que la Administración resolvió ese derecho de petición sin traspasar ese plazo. Si hubiera transcurrido, se habría producido el silencio administrativo desestimatorio, según el artículo 24.1 de la LPAC. En este caso, podría haber solicitado la tutela de los tribunales de justicia, en primer lugar, a través del recurso contencioso-administrativo, ordinario o especial, de los artículos 114 y siguientes de la LJCA y, posteriormente, haber acudido al recurso de amparo al Tribunal Constitucional (art. 53 de la Constitución).

De manera que el recurso contencioso-administrativo deberá ser no admitido, por falta de objeto procesal.

7. Ajuste a derecho de la resolución administrativa desestimando la solicitud realizada por una persona sobre 20 inmuebles patrimoniales respecto a las cargas o servidumbres que pudieran existir sobre los mismos. La Administración, al no justificarse la finalidad de información, desestima aquella

La llevanza del Inventario General de Bienes y Derechos del Estado está a cargo de la Dirección General del Patrimonio del Estado, bajo la dependencia del ministro de Hacienda, y de las unidades con competencia en materia de gestión patrimonial de los departamentos ministeriales y organismos públicos vinculados o dependientes de la AGE (art. 33 LPAP).

Es cierto que el artículo 17.3 de la Ley 19/2013, sobre transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, no exige motivar la solicitud de información que se pueda efectuar y, por esta razón exclusivamente, no puede ser causa de rechazo. Pero la disposición adicional primera de la citada ley, en su punto 2.º, afirma que se regirán por su normativa específica, siendo la Ley 19/2013 supletoria para aquellas materias que tengan un

régimen jurídico específico. Es indudable que, sobre esta materia, la LPAP contempla una regulación especial.

El artículo 43.2 del Real Decreto 1373/2009, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, señala que las consultas de terceros, respecto al acceso al Inventario General de Bienes y Derechos del Estado –a los que se refieren los artículos 32 y siguientes de la LPAP–, exigen que se concrete la finalidad a que va a ser destinada la información.

Además, debemos significar que las cargas, servidumbres o limitaciones de los inmuebles patrimoniales pudieran conllevar la existencia de datos de carácter personal referentes a terceras personas que no pueden ser publicados sin su consentimiento, aunque es cierto que se puede facilitar la información, disociando estos datos, para no vulnerar el artículo 18 de la Constitución ni la legislación sobre datos de carácter personal ni el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

Ahora bien, dicho lo anterior, antes de resolver en sentido desestimatorio, por ese exclusivo motivo, debió la Administración requerir la subsanación, conforme al artículo 78 de la Ley 39/2015, con la advertencia de que si en 10 días no se subsanaba ese defecto, se archivaría la solicitud, teniéndola por desistida.

Al no hacerlo así, esa resolución es, en principio anulable, por ser constitutiva de infracción del ordenamiento jurídico, conforme al artículo 48 de la Ley 39/2015, aunque debería demostrarse o acreditarse algún tipo de indefensión que se le hubiere causado por la omisión de la información, pues en caso contrario podría tratarse de una mera irregularidad no invalidante.

8. Comente las incidencias jurídicas de los hechos narrados en el número 5

a) Naturaleza jurídica del contrato. Procedencia del recurso especial en materia de contratación

Debe examinarse, en primer lugar, la procedencia de recurso especial en materia de contratación, ya que el órgano de contratación mantiene que el contrato que ahora se recurre tiene la calificación de contrato administrativo especial y que, en consecuencia, no se encuentra incluido entre los enumerados en el artículo 44.1 de la Ley de contratos del sector público (LCSP) como susceptibles del recurso especial en materia de contratación. Ello comportaría, asimismo, la falta de competencia del tribunal para resolverlo.

Es cierto que el contrato a que se refieren las actuaciones ha sido calificado en el pliego de cláusulas como contrato administrativo especial, sin embargo, la previa calificación en el pliego de un contrato no excluye la posibilidad de que el tribunal compruebe, a los solos efectos de determinar su competencia, si tal calificación se corresponde con lo establecido al respecto en la LCSP y, en especial, con la posibilidad de que, dadas las características y contenido de la prestación prevista, el contrato pueda ser subsumido bajo alguno de los tipos contractuales susceptibles del recurso especial. La razón que fundamenta esta potestad del tribunal se encuentra en el propio carácter de la regulación del recurso especial en materia de contratación y en la consideración del efecto útil del recurso establecido en la Directiva 89/665/CEE.

Una inadecuada calificación-tipificación contractual por el órgano de contratación no legitimará el régimen jurídico que se aplique al mismo cuando sea contraria a la debida calificación legal.

Para que conforme al artículo 25 de la LCSP nos encontremos ante un contrato administrativo especial debemos descartar, primero, que se trate de un contrato privado y que el negocio se pueda incluir como un contrato del sector público tipificado, decidiendo sobre su carácter patrimonial o contractual y, en este segundo caso, por las diferentes tipificaciones contractuales.

Ha sido doctrinal y jurisprudencialmente muy debatida la naturaleza de los contratos análogos al ahora analizado, es decir, cuando conllevan prestaciones de hacer y utilización del patrimonio público.

La complejidad de esta cuestión se manifiesta en las diferentes calificaciones otorgadas por los órganos de contratación, por los órganos consultivos y los pronunciamientos de los órganos encargados de la resolución del recuso especial acerca de negocios jurídicos similares.

En primer lugar, conviene analizar la posible exclusión del ámbito de aplicación de la LCSP. El artículo 9.1 excluye las

autorizaciones o concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 14 [concesiones de obras], que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley.

Las autorizaciones y concesiones demaniales están excluidas de la legislación de contratos del sector público. No lo están las concesiones de obras aunque recaigan sobre dominio público, ni las de servicios.

El artículo 89 de la LPAP permite la ocupación de espacios en edificios administrativos y el 90, relativo a autorizaciones especiales de uso sobre bienes afectados o adscritos, dispone:

El ministro titular del departamento o el presidente o director del organismo que tuviese afectados o adscritos bienes del Patrimonio del Estado, podrá autorizar su uso por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas para el cumplimiento esporádico o temporal de fines o funciones públicas, previo informe favorable de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por cuatro años, prorrogables por igual plazo.

La autorización demanial se viene utilizando como figura jurídica que regula expresamente el supuesto de ocupación por terceros de espacios en edificios administrativos para dar servicios dirigidos a sus empleados o al personal visitante, citando como ejemplos las cafeterías, los cajeros automáticos, las oficinas postales, la instalación y explotación de máquinas expendedoras de comidas y bebidas u otros análogos. Cuando la ocupación es accesoria a un contrato administrativo que autorice dicha ocupación, este será el título habilitante y por tanto no será necesario someterse a este procedimiento de adjudicación, según establece la misma LPAP. Señala al respecto el artículo 91.4 que:

Las autorizaciones y concesiones que habiliten para una ocupación de bienes de dominio público que sea necesaria para la ejecución de un contrato administrativo deberán ser otorgadas por la Administración que sea su titular, y se considerarán accesorias de aquel. Estas autorizaciones y concesiones estarán vinculadas a dicho contrato a efectos de otorgamiento, duración y vigencia y transmisibilidad, sin perjuicio de la aprobación e informes a que se refieren los apartados anteriores de este artículo.

Es criterio manifestado por las juntas consultivas de contratación y por la jurisprudencia que para juzgar cuándo estamos ante un contrato administrativo o una concesión demanial, debe atenderse a la prevalencia en el servicio a obtener un interés público o finalidad pública frente al interés privado de la instalación de un negocio o actividad que requiera la ocupación privativa de un bien demanial.

Como advierte la Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en la calificación de un contrato es de aplicación, como elemento delimitador, la causa del negocio.

Habrà que analizar cada negocio jurídico individualmente considerado para determinar cuál fuera la causa o finalidad perseguida con el mismo por la Administración, con el objetivo de poder dilucidar que existía o no un fin público más allá del puramente patrimonial, para en ese caso poder calificar la relación como contractual. La legislación contractual y la legislación patrimonial recogidas en la LCSP y la LPAP, respectivamente, contemplan cada

una supuestos diferentes de actividad administrativa, de modo que es la finalidad pública perseguida y la causa explicitada lo que determinará la calificación de un negocio como contractual o patrimonial. El primero (el contrato) atenderá a la obtención de una finalidad pública, prevaleciendo ese interés público en el servicio a obtener (ofrecer un servicio a los usuarios, ofrecer un mejor servicio aunque el destinatario y pagador sea un usuario privado), y en el segundo (concesión patrimonial) prevalecerá el interés privado de instalación de un negocio que requiera de la cesión de un bien demanial mediante su utilización privativa con beneficio del particular que ocupa el espacio cedido. Cuando se plantea la utilización de los bienes demaniales hay que tener presente que si la actividad a realizar en el inmueble de dominio público pudiera considerarse como prestación de servicios por la finalidad pública que persigan, más que como utilización privativa de un bien de la Administración, entonces habría que utilizar el régimen contractual, que es lo que ocurre en este caso.

Una vez descartado el carácter patrimonial, debemos analizar el tipo contractual que más se adecua a lo regulado en los pliegos y comprobar en primer lugar si es correcta la calificación como contrato administrativo especial.

Las definiciones de los tipos contractuales en la LCSP siguen las reglas de las directivas comunitarias a partir del 18 de abril de 2016. Este efecto es especialmente relevante en cuanto si se ha de tener en cuenta la nueva definición expansiva del contrato de servicios y la positivización del tipo contractual de concesión de servicios, que suponen la reducción del ámbito de los contratos administrativos especiales y el desplazamiento de la categoría de gestión de servicios públicos en su modalidad concesional.

De acuerdo con el artículo 25.b de la LCSP.

Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública: [...] b) Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella.

Se trata de una definición de carácter eminentemente negativo, puesto que el concepto de contrato administrativo especial se establece por contraposición al resto de contratos que podríamos denominar típicos (contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro y servicios), por tanto, debemos descartar la posibilidad de inclusión en alguno de los otros tipos contractuales regulados en las directivas y en la LCSP.

Finalmente, señalar que el régimen jurídico de los contratos especiales, en el caso de que estuviéramos en presencia del mismo, es también, según el artículo 25.2, el propio de los contratos administrativos.

b) Prohibición de contratar

Vienen contemplada esa causa en el artículo 71.2 a) de la LCSP: haber retirado indebidamente su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación, pero esta cláusula no opera automáticamente, sino que, conforme al artículo 72, exige un procedimiento donde se fijará la duración que le impide contratar con la Administración. Esto ignoramos si se dio o no en el presente caso.

c) No se siguió el procedimiento para la concesión demanial

Es cierto que el artículo 89 de la LPAP admite la ocupación por terceros de espacios en edificios administrativos para dar soporte a servicios dirigidos al personal destinado en ellos o al público visitante, como cafeterías, etc. Esta ocupación deberá estar amparada por la correspondiente autorización, que se efectúa con bienes muebles o instalaciones desmontables, o concesión, si se produce por medio de instalaciones fijas o por un contrato que permita la ocupación de acuerdo con lo previsto en la LCSP. Pero el artículo 90.4 señala que no serán necesarias autorizaciones o concesiones cuando el contrato administrativo habilite para la ocupación de los bienes de dominio público, como es el caso que nos ocupa.

9. Ajuste a derecho del ejercicio de la acción posesoria de recuperación de oficio ejercitada por la Administración

No es ajustada a derecho esta actuación administrativa porque el ejercicio de esta potestad regulada en los artículos 55 a 57 de la LPAP procede cuando ha habido un acto de usurpación, pero no para, como ocurre en nuestro caso, cuando existía un título habilitante que permitía la posesión del bien demanial y se ha extinguido.

Para ello la ley prevé la figura del desahucio administrativo, en el caso de que desaparezca el título de condiciones que legitimaban su ocupación por terceros (arts. 58 a 60 LPAP). El procedimiento se regula en el artículo 59 y consta fundamentalmente de estas fases:

- La previa declaración de extinción o caducidad del título que otorga el derecho a la utilización del bien (en este caso, la extinción del contrato administrativo).
- Audiencia del interesado en el procedimiento administrativo.
- Resolución por el titular del departamento, que es ejecutiva.
- Requerimiento al interesado para que en un plazo máximo de ocho días abandone el lugar, con apercibimiento de ejecución forzosa.
- Ejecución forzosa, si no cumple con este requerimiento, a través de los medios que sean necesarios.

La no actuación conforme a estos requisitos supondrá vía de hecho de la actividad administrativa, por no respetar el procedimiento administrativo previsto para tal situación.

10. Comente las incidencias jurídicas de los hechos narrados en el número 6

a) Procedencia del deslinde

Son dos los presupuestos que se requieren para promover y ejecutar el deslinde de los bienes de la Administración, como señala el artículo 50.1 de la LPAP: que los límites ya sean imprecisos o que existan indicios de usurpación.

En este caso, es la Administración la que afirma que existe dicha incertidumbre en los límites de la finca, pero lo cierto es que existe escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad, donde consta como división de ambas propiedades –pública y privada– una acequia que fija la división de ambos inmuebles.

No resulta procedente el deslinde cuando los inmuebles se encuentren perfectamente identificados y delimitados, con la consiguiente eliminación de la incertidumbre. Por ello, la incertidumbre o imprecisión de límites ha de ser objetiva, es decir, solo la falta ocasionada por virtud de su falta de determinación, por la forma imprecisa que ostentan los inmuebles existentes o por la inexistencia de signos aparentes que permitan la identificación de la línea perimetral de ambos predios (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2003, entre otras).

En este caso, el procedimiento de deslinde puesto en marcha por la Administración obedece a un criterio meramente subjetivo, sin base objetiva, pues está exteriorizada la línea divisoria de ambas propiedades de manera clara (acequia y Registro de la Propiedad).

De cualquier forma, solo los artículos 52 y siguientes de la LPAP regulan el procedimiento de deslinde.

b) Procedencia del recurso de reposición

El órgano competente para resolver el procedimiento, previa instrucción, a tenor del artículo 51 de la LPAP, era el ministro de Hacienda, luego este recurso potestativo, en principio, por esta razón, era procedente.

Ahora bien, nos encontramos ante un acto de trámite no cualificado, como es el acuerdo de iniciación por lo que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 112, no es procedente recurso alguno. Este escrito debe ser considerado como meras alegaciones, que deberían

originar una resolución administrativa, poniendo fin al deslinde por su improcedencia, debido a las razones antes comentadas.

c) Ejercicio de acciones civiles

No deben ser admitidas, pues el artículo 50.2 señala que iniciado el procedimiento administrativo de deslinde, y mientras dure su tramitación, no podrá instarse procedimiento judicial con igual pretensión. Luego deberá esperar a que finalice este procedimiento de deslinde para poder plantear el recurso oportuno.

d) Posibilidad del desistimiento y de renuncia de la Administración

Como todo procedimiento administrativo, el de deslinde concluye con un acuerdo resolutorio, pero nada impide, en principio, la terminación del procedimiento a través de las restantes formas contempladas en el artículo 84 de la Ley 39/2015, entre las que viene citada el desistimiento.

El hecho de que el artículo 94.1 solo haga referencia al interesado como el único que puede solicitar el desistimiento de sus solicitudes, en modo alguno ha venido siendo un obstáculo para que la Administración pueda también utilizar esta figura como modo de finalizar un procedimiento por ella iniciado. Así lo ha proclamado las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1986 y de 11 de julio de 1990 al afirmar que:

La jurisprudencia viene admitiendo la posibilidad de que la Administración desista de un procedimiento iniciado de oficio por ella, pues aunque la LPA contempla únicamente el supuesto de desistimiento del interesado, ello no impide que pueda darse válidamente un desistimiento llevado a cabo por decisión de la Administración cuando llega al convencimiento de la falta de base de las actuaciones de que se trate.

En la actualidad, el artículo 93 de la Ley 39/2015 señala que «en los procedimientos iniciados de oficio, la Administración podrá desistir, motivadamente, en los supuestos y con los requisitos previstos en las Leyes».

Recordamos que, en este caso, defendimos la improcedencia de la acción de deslinde, puesto que no se había planteado la incertidumbre necesaria para el ejercicio de dicha acción. Ahora bien, como el desistimiento solo afecta al procedimiento, no impediría que la Administración, posteriormente, con base en nuevas pruebas, pudiera obtener la incertidumbre de los límites de la propiedad, y poner en marcha un nuevo procedimiento de deslinde para clarificar la cuestión.

Otra cosa es la renuncia a sus derechos, que la Ley 39/2015 la anuda solo al interesado en el artículo 94 de la LPAP, cuando no esté prohibida por el ordenamiento jurídico.

El *desistimiento* es la terminación anormal de un proceso debida a que el actor manifiesta su voluntad de abandonar su pretensión, pero sin renunciar al derecho en que la basaba, que podrá ejercitar en un nuevo procedimiento posterior.

La *renuncia*, por su parte, es la terminación anormal de un procedimiento por el que la parte manifiesta su voluntad de abandonar su pretensión, renunciando al derecho material que la apoya, es decir, que posteriormente no podrá ejercitar en otro proceso.

De los artículos 6, referido a los principios relativos a los bienes y derechos de dominio público, y 7, referido a principios relativos a los bienes y derechos de dominio privado o patrimoniales, deducimos que es obligación de la Administración la defensa de sus bienes y derechos, porque es algo que afecta al interés general.

El artículo 10.4 b) añade que

es competencia de los distintos departamentos ministeriales «Ejercer las funciones relativas a la vigilancia, protección jurídica, defensa, inventario, administración, conservación, y demás actuaciones que requiera el correcto uso de los bienes y derechos del Patrimonio del Estado que tengan afectados o cuya administración y gestión les corresponda».

El título II de la LPAP, referido a la protección y defensa del patrimonio, dedica el capítulo I a la obligación de proteger y defender el patrimonio, señalando el artículo 28 que:

Las Administraciones públicas están obligadas a proteger y defender su patrimonio. A tal fin, protegerán adecuadamente los bienes y derechos que lo integran, procurarán su inscripción registral, y ejercerán las potestades administrativas y acciones judiciales que sean procedentes para ello.

Y el 29:

1. Los titulares de los órganos competentes que tengan a su cargo bienes o derechos del Patrimonio del Estado están obligados a velar por su custodia y defensa, en los términos establecidos en este título.
2. Iguales obligaciones competen a los titulares de concesiones y otros derechos sobre los bienes de dominio público.

Prueba de ello es que el artículo 41 de la LPAP le otorga una serie de privilegios y prerrogativas en orden a la defensa de su patrimonio, recogiendo en la letra b) de dicho pre-

cepto la de deslindar en vía administrativa los inmuebles de su titularidad, regulándose el procedimiento en los artículos 50 a 55 de dicha ley.

Por todo ello, en el caso de procedimientos relativos al patrimonio de la Administración no sería posible admitir la figura de la renuncia, pues supondría que jamás podría poner en marcha, de nuevo, el procedimiento de deslinde en ese caso, ni aunque aparecieran nuevas pruebas que acreditaran su titularidad como, por ejemplo, la nulidad de la inscripción en el Registro de la Propiedad porque ha existido falsificación, cohecho o cualquier otro delito al realizarse aquella.

Lo que sí admite el artículo 31 es la transacción y sometimiento a arbitraje en estos términos:

No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno.

Pero esto es otra cuestión.

e) Recurso interpuesto por el interesado

Respecto al recurso contencioso-administrativo que ha interpuesto, será el procedente si impugna algo que tiene su base en el derecho administrativo, en caso contrario no será el recurso procedente, ni la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para resolver esta cuestión.

La jurisdicción normal para recurrir un deslinde administrativo es la contencioso-administrativa, puesto que es la competente para juzgar si los actos administrativos que aprueban tales deslindes son o no nulos o ajustados a derecho. Es decir, es esta jurisdicción competente para analizar la legalidad del procedimiento administrativo, así como el criterio utilizado en el mismo para deslindar el dominio público de la propiedad privada. Sin embargo, aunque el procedimiento administrativo afecte a la propiedad privada, lo cierto es que la jurisdicción competente para cuestiones relacionadas con el derecho de propiedad es la jurisdicción civil y, por tanto, es la competente para acciones declarativas de dominio y reivindicatorias relacionadas con los deslindes administrativos del dominio público, con independencia del título que ostente la Administración con competencia, que además está establecida en normas administrativas que regulan bienes de dominio público de distinta naturaleza, así como la propia jurisprudencia, tanto de la Sala Primera como Tercera del Tribunal Supremo.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 50/1997 (Ley del Gobierno), art. 2 i).
- Ley 29/1998 (LJCA), arts. 11, 19 y 114.
- Ley 33/2003 (LPAP), arts. 5.3, 6 a), 33, 41, 50, 51, 52, 55, 57, 58, 60, 70, 71, 73, 85.2, 89, 91, 92, 93, 98, 100, 101 y 137.4.
- Ley 19/2013 (Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno), art. 17.3.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 4, 24, 47.1, 48, 78, 84, 93, 94 y 95.
- SSTS, Sala 3.^a, de 4 de marzo de 1981, 5 de julio de 1985 y 6 de mayo de 1996.