



Expediente 5/19

Materia: Posibilidad de hipotecar una concesión de servicios.

ANTECEDENTES

El Ayuntamiento de El Ejido ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“Primero.- La Corporación Municipal en sesión de 9 de mayo de 2016 acordó la iniciación del expediente de contratación de la concesión para la gestión de los servicios de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos (r.s.u.), recogida selectiva de envases ligeros y de papel cartón, limpieza viaria urbana, limpieza de playas y gestión del punto limpio en el municipio; y por acuerdo de 5 de febrero de 2018 acordó la adjudicación de la licitación a la mercantil X; y, finalmente, el 12 de marzo de 2018 se suscribe el contrato. El plazo de duración del contrato es de quince años contados a partir de la fecha del acta de inicio de la prestación, 13 de julio de 2018.

*Se trata de un contrato de gestión de servicios públicos previsto en el artículo 9 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), y en la modalidad de contrato de concesión tipificado en el artículo 277, TRLCSP que es de aplicación al régimen jurídico del contrato *ratione temporis*, pues la disposición transitoria segunda de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre*



de Contratos del Sector Público (LCSP) dice que los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor, 8 de marzo de 2018, se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción por la normativa anterior.

Segundo.- El artículo 133.2 del TRLCSP prevé la posibilidad de que el contrato de gestión de servicios públicos, lleve aparejada la ejecución de obras destinadas al servicio. Y el art. 29 del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares que rigió la licitación y que por consiguiente tiene carácter contractual, lleva como rúbrica "Obras a realizar por el concesionario", obliga al concesionario a ejecutar las obras que se describen en los anexos IV y V del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), de acuerdo con lo previsto en el artículo 22 del mismo. Este obliga al concesionario a construir unas nuevas instalaciones que serán centro y sede del servicio y que comprenderán y, por tanto, vinculadas al mismo, instalaciones que al término del contrato pasarán a ser de titularidad municipal y una vez amortizadas. Según el anexo V, la obra nueva comprenderá edificio de oficinas, nave taller, aparcamiento, campa de vehículos y demás instalaciones complementarias y vallado, valorando el artículo 6.7 del anexo V el coste de ejecución de dichas obras, incluidos los honorarios, en 1.074.679,10 euros.

Tercero.- En fecha 14.11.2018 tiene entrada en el Registro del Ayuntamiento escrito del contratista solicitando autorización del órgano de contratación para la constitución de un crédito hipotecario sobre la concesión administrativa para la construcción de las referidas obras, por importe de 1.990.000 euros que se corresponde con el obrante en el proyecto de las instalaciones a construir y con un plazo de amortización de 14 años, no superior a la duración del contrato.



La anterior solicitud ha sido informada favorablemente por el Jefe de la Sección de Contratación el 5 de diciembre de 2018, y fue incluida en el orden del día de la sesión plenaria a celebrar el 14 de diciembre de 2018. Una hora antes de la fijada para el comienzo de la sesión, es recibido a través del Registro del Ayuntamiento escrito de la única concejala del grupo de UP y D, en la oposición, oponiéndose a la autorización de la Corporación al concesionario para la constitución de la hipoteca alegando que "tanto en el anterior Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en su artículo 261, como en el art. 263 de la Ley 9/2017 de Contratos de Sector Público, se establece que solo se puede hipotecar las concesiones de obras con los bienes y derechos que lleven incorporados conforme a lo dispuesto en la Normativa hipotecaria ex artículos 31 y 107.6 de la Ley Hipotecaria". En apoyo de lo anterior cita el informe del Consejo de Estado de fecha 5/12/2001.

En el referido escrito además, la Sra. Concejala de UPyD, manifiesta que no podrá asistir al pleno, como efectivamente ocurrió.

Como consecuencia de dicho escrito, sometí a votación la retirada del punto del orden del día, en tanto fuera emitido informe por el Sr. Secretario de la Corporación, propuesta que fue aprobada por unanimidad.

Cuarto.- El Sr. Secretario ha emitido informe favorable en fecha 14 de enero de 2019, en el que, entre otros extremos, dice lo siguiente:



«Segundo.- El artículo 107.6 de la Ley Hipotecaria expresamente permite la constitución de hipoteca sobre concesiones de servicios siempre que recaigan sobre "obras destinadas al servicio público", por lo que de acuerdo con la dicción literal de dicho precepto, la cuestión determinante es que la concesión, con independencia de la modalidad concreta que adopte, incluya obras afectas a los servicios público. Así dice el número del precepto citado que podrán hipotecarse:

"Las concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público (...), quedando pendiente la hipoteca (...) de la resolución del derecho del concesionario."

Por tanto, el propio artículo 107.6 de la Ley Hipotecaria, por sí mismo permite la hipoteca de cualquier concesión administrativa que comprenda o conlleve obras destinadas al servicio público, como ocurre en el supuesto que nos ocupa con independencia de la concreta modalidad concesional.

Segundo.- Los artículos 261 a 264 del texto originario del TRLCSP regula la hipoteca de la concesión del contrato de concesión de obra pública, pero esto no quiere decir que no se pueda constituir hipoteca del contrato de concesión de gestión de servicios públicos que lleven aparejados edificios u obras afectos al servicio público. Esta aseveración resulta palmaria si hacemos una breve historia de la regulación en nuestro derecho administrativo del contrato de concesión de obra pública, a la que dedicamos los párrafos siguientes.

El contrato de concesión de obra pública es introducido por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas que modifica al efecto el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las



Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de julio, añadiendo aquella a esta un nuevo título, el V, cuya rúbrica es "Del contrato de concesión de obras públicas", y cuya sección 2a del capítulo IV se titula "Hipoteca de la concesión", artículos 253 a 258; la finalidad, pues, de la Ley 13/2003 es la introducción de la figura del contrato de concesión de obra pública en la ley reguladora de la contratación de las Administraciones Públicas. Precisamente el anteproyecto de la ley 13/2003, de 23 de mayo fue objeto del Dictamen del Consejo de Estado de 5 de diciembre de 2001, dictamen cuyo objeto no es otro que el de valorar la iniciativa legislativa referida exclusivamente a la figura contractual del contrato de concesión de obra pública y a la regulación proyectada que es la única finalidad del referido anteproyecto y que posteriormente se concretaría en la Ley 13/2003. El Dictamen analiza, entre otros extremos, la regulación del régimen jurídico de la hipoteca de la concesión de esta modalidad contractual, pero solamente en lo que a la misma se refiere, pues esta es la finalidad del anteproyecto. Y al valorarla, al contrario de lo que aduce la concejala del grupo de UP y D, no es que el Consejo de Estado no admita la constitución de la hipoteca para otras modalidades de concesión distintas a la de concesión de obra pública, sino que las da por sentadas siempre que estén contenidas en los términos del artículo 107.6 de la Ley Hipotecaria. Así, dice el texto del Dictamen

«En efecto, el artículo 107.6 de la vigente Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 declara hipotecables "las concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público, y los edificios o terrenos que no estando directa y exclusivamente destinados al referido servicio, pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen agregados a aquellas obras", y añade que "quedando pendiente la hipoteca, en el primer caso, de la resolución del derecho del concesionario".



Resulta, por tanto, del mencionado precepto lo siguiente:

a) Son hipotecables las concesiones administrativas (y en especial, la de obras públicas)».

Por tanto, el propio Dictamen del Consejo de Estado reconoce que son hipotecables todas las concesiones, si bien, y con carácter especial -referencia específica que no invalida ni deja sin efecto la generalidad- la de obras públicas. Y concluye con reiteración de que todas las concesiones puedan ser hipotecables siempre que lleven aparejadas obras públicas:

"A la vista de lo anterior, no cabe oponer ningún reparo a que una concesión administrativa (de obras públicas) pueda ser objeto de hipoteca".

Pero previamente el Dictamen del Consejo de Estado hace una valoración sobre la constitución de hipoteca sobre las concesiones administrativas con carácter general sin constreñirlas a una modalidad concreta de concesión, para admitirla sin ningún género de duda por considerar la concesión un derecho real administrativo:

«c) Por otra parte, en relación con la hipoteca, debe señalarse "prima facie" que las concesiones administrativas constituyen, desde la perspectiva del particular, un "derecho" (en concreto, un derecho real administrativo), derecho que como tal, goza de un valor patrimonial y es susceptible de tráfico jurídico privado. Repetidamente el Consejo de Estado ha venido a configurar la concesión administrativa como un "derecho administrativo de contenido patrimonial" (dictámenes núms. 2.261, de 29 de enero de 1947, 10.941, de 29 de noviembre de 1952 y 14.933, de 9 de julio de 1954, entre otros). El propio



Código Civil califica ya a las "concesiones de obras públicas" como "bienes inmuebles" (artículo 334.10), resaltando, por tanto, su carácter de derecho real dentro del patrimonio del concesionario. Y, consecuentemente, "las concesiones administrativas, en cuanto se refieran a bienes inmuebles o derechos reales", tienen acceso, como objeto autónomo, al Registro de la Propiedad (artículo 31 de la Ley Hipotecaria y disposiciones concordantes del Reglamento Hipotecario). Siendo ello así, parece fundado apreciar que cualquier derecho real sobre cosa ajena - "jura in re aliena" -, ora de goce, ora de garantía, puede tener por objeto una concesión administrativa, siempre que no se haya prohibido por el ordenamiento jurídico, o admitido, y se atiendan las exigencias legalmente establecidas».

Posteriormente, el TRLCSP ha mantenido la figura del contrato de concesión de obra pública y la regulación del régimen jurídico de la hipoteca que se pueda constituir sobre ella, en los términos introducidos por la Ley 13/2003, de 23 de mayo en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Real Decreto Legislativo 2/200º, de 16 de julio, y en cuanto que el contrato de concesión de gestión de servicios públicos que como el de nuestro caso implica la ejecución de obras, entre ellas edificaciones ha de admitirse que ex artículo 107,6 de la Ley Hipotecaria puede admitirse la constitución de hipoteca y cuya régimen será el prevenido en los artículos 261 a 264 del TRLCSP.

Pero a mayor abundamiento en defensa de la tesis que sostenemos, la vigente LCSP, aunque no es de aplicación racione temporis al contrato que nos ocupa, permite expresamente la hipoteca de la concesión del contrato de gestión de servicio en su artículo 287 en los casos en que conlleven la realización de obras o instalaciones fijas necesarias para la prestación del servicio, y



exclusivamente para las deudas que guarden relación con la concesión. Este reconocimiento en la norma de contratos de la hipoteca en la ley reguladora de los contratos del sector público no tiene efectos constitutivos, sino que es un reconocimiento normativo expreso en la legislación especial en esta materia de la norma general que permite la constitución de hipoteca en todas las concesiones administrativas que lleven aparejadas obras o edificaciones admitida en la legislación hipotecaria, y además, ni siquiera ha considerado el legislador conveniente hacer ninguna referencia expresa en la exposición de motivos de dicha ley.

En consecuencia, entiendo que no hay inconveniente legal alguno en que el órgano de contratación, en este caso el Pleno, acuerde la autorización al concesionario para la constitución de hipoteca sobre la concesión con el régimen y limitaciones previstas en los artículos 261 a 264 de La LCSP.

En su virtud, SOLICITO A LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO, que emita informe sobre los siguientes extremos:

Si un contrato de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión, regulado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que implica ejecución de obras afectadas al servicio, puede ser objeto de hipoteca en garantía de la financiación de dichas obras y durante el plazo ,máximo de duración del contrato y con el régimen previsto en los artículos 261 a 264 de la referida norma, previa autorización del órgano de contratación.”



CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La consulta planteada, referente a la posibilidad de hipotecar una concesión de servicios bajo el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, nos exige, en primer lugar, un análisis de la normativa aplicable. Ésta está constituida por el artículo 261.1 de la norma legal mencionada, que alude a la posibilidad de hipotecar las concesiones de obras públicas y expone lo siguiente:

“1. Las concesiones de obras públicas con los bienes y derechos que lleven incorporados serán hipotecables conforme a lo dispuesto en la legislación hipotecaria, previa autorización del órgano de contratación.”

No se admitirá la hipoteca de concesiones de obras públicas en garantía de deudas que no guarden relación con la concesión correspondiente.”

El Artículo 245 del mismo texto legal, incluido también en la regulación de concesión de obra pública, señala que los concesionarios tendrán los siguientes derechos:

“f) El derecho a ceder la concesión de acuerdo con lo previsto en el artículo 226 y a hipotecar la misma en las condiciones establecidas en la Ley, previa autorización del órgano de contratación en ambos casos.”



Por su parte, el artículo 269 señala que son causas de resolución del contrato de concesión de obras públicas las siguientes:

c) La ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados para ello en los casos en que así procediera, de acuerdo con lo establecido en la Ley.

El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público no contiene, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la concesión de obras, ninguna referencia a la posibilidad de hipotecar las concesiones de servicios

2. La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, también alude a este tipo de cuestiones. Contiene una regulación similar en el caso de las concesiones de obras pero añade, por primera vez en nuestra regulación legal, normas específicas para las concesiones de servicios. En efecto, el artículo 287.3, que regula la ejecución del contrato de concesión de servicios declara lo siguiente:

“Las concesiones de servicios únicamente podrán ser objeto de hipoteca en los casos en que conlleven la realización de obras o instalaciones fijas necesarias para la prestación del servicio, y exclusivamente en garantía de deudas que guarden relación con la concesión.”

Por su parte, el artículo 294 vuelva a mencionar entre las causas de resolución del contrato la ejecución hipotecaria declarada desierta o la



imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados para ello en los casos en que así procediera, de acuerdo con lo establecido en esta Ley.

3. Un análisis liminar de la regulación legal nos puede llevar a entender que la inclusión novedosa de la posibilidad de hipotecar las concesiones de servicios en la ley de 2017 supone que tal cosa no era posible conforme a la legislación anterior. Tal conclusión se ajustaría de modo rígido a la letra de la ley.

4. Sin embargo, en opinión de esta Junta Consultiva la cuestión merece un análisis algo más detallado que exige analizar someramente aspectos tales como la evolución de la figura de la concesión de servicios, la doctrina y los precedentes judiciales y valorar la legislación especial sobre la hipoteca.

5. Como es conocido, la legislación contractual pública española acoge desde antiguo el contrato de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión. En este sentido podemos citar el artículo 277 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, el 253 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, el 156 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, o el 157 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

En ninguna de estas regulaciones se alude a la posibilidad de hipotecar las concesiones de servicios. Sí que se menciona, por el contrario, la posibilidad de hipotecar las concesiones de obras en el Texto Refundido de 2000 (aunque no en su primera redacción), en la ley de 2007 y en su texto



refundido posterior en preceptos que son tributarios de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, donde se trata de la cuestión que analizamos por primera vez, en lo que hace a la concesión de obras. Señala el preámbulo de esta ley que las características configuradoras de la institución concesional se completan con la diversificación de las fuentes de financiación, a fin de hacerla más atractiva para el capital privado, introduciendo un régimen regulador llamado a evitar la congelación de la inversión que se realice. Así, la concesión, como bien jurídico, se integrará plenamente en el tráfico mercantil desde el momento de la perfección del contrato, pudiendo ser objeto de cesión e hipoteca. Por su parte, en el articulado observamos en el artículo 242 la consagración del derecho a hipotecar la concesión de obras *“en las condiciones establecidas en esta ley, previa autorización administrativa, en ambos casos, del órgano de contratación.”* También se menciona esta posibilidad en el artículo 255, que sirve de pórtico a una sección, la 2ª del Capítulo IV del Título V, dedicada específicamente a la hipoteca de la concesión, donde señala que *“las concesiones de obras públicas con los bienes y derechos que lleven incorporados serán hipotecables conforme a lo dispuesto en la legislación hipotecaria, previa autorización del órgano de contratación.”* Este precepto es idéntico al contenido en el artículo 261 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que ya hemos citado.

6. La legislación especial sobre el contrato de concesión de obras, que fue incorporada a las leyes de contratos generales, no tuvo su equivalente respecto de las concesiones de servicios. No olvidemos que, como ya hemos visto, sí que existía una regulación específica y amplia del contrato de gestión de servicios públicos en las leyes españolas pero, por la razón que fuere, no se había considerado necesario regular esta cuestión.



Es obvio que desde el punto de vista técnico jurídico no existen inconvenientes hoy, como no existían tampoco bajo la vigencia del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, para admitir una posible hipoteca de la concesión de servicios en determinados casos, y prueba de ello es que el legislador de 2017 sí que reconoce esta posibilidad en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Tal conclusión deriva del hecho de que incluso para las concesiones de obras las leyes contractuales públicas se remiten a la legislación hipotecaria a los efectos de determinar si cabe la hipoteca y cómo se debe configurar la misma. Por tanto, aunque la legislación de contratos públicos no lo mencione expresamente cabrá valorar si conforme a la legislación civil estamos ante un derecho susceptible de gravamen real, en concreto de hipoteca.

7. El Código Civil señala en su artículo 1.874 que sólo podrán ser objeto del contrato de hipoteca los bienes inmuebles y los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes, impuestos sobre bienes de aquella clase.

La Ley Hipotecaria, por su parte, señala en el artículo 106 que podrán ser hipotecados:

“Primero. Los bienes inmuebles susceptibles de inscripción.

Segundo. Los derechos reales enajenables, con arreglo a las leyes, impuestos sobre los mismos bienes.”

El artículo 107 del mismo texto legal permite expresamente la hipoteca de:



“Sexto. Las concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público, y los edificios o terrenos que, no estando directa y exclusivamente destinados al referido servicio, pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen agregados a aquellas obras, quedando pendiente la hipoteca, en el primer caso, de la resolución del derecho del concesionario.”

El Reglamento Hipotecario (artículo 30) considera inscribibles concesiones de fincas o derechos reales otorgadas por la Administración para colonización u otros fines análogos de carácter social y el artículo 31 predica lo mismo de las concesiones administrativas que afecten o recaigan sobre bienes inmuebles, que se inscribirán a favor del concesionario con la extensión y condiciones que resulten del título correspondiente. Finalmente, el artículo 44 recuerda que se inscribirán bajo un sólo número, si los interesados lo solicitaren, considerándose como una sola finca con arreglo al artículo 8 de la Ley y para los efectos que el mismo expresa, siempre que pertenezca a un solo dueño o a varios pro indiviso:

“Sexto.- Las concesiones administrativas, excepto las que sean accesorias de otras fincas o concesiones.”

De todas estas normas se deduce con claridad que el legislador considera inscribibles a las concesiones por tener trascendencia jurídico real, ser enajenables (artículo 1.858 CC) y recaer sobre bienes inmuebles. Esta es precisamente la razón por la que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, reconoce hoy la posibilidad de hipotecar la



concesión de servicios únicamente *“en los casos en que conlleven la realización de obras o instalaciones fijas necesarias para la prestación del servicio.”* Por tanto, es la trascendencia real, su carácter enajenable y su carácter inmobiliario (reconocido en el artículo 334.10 del CC) lo que permite sujetar la concesión a hipoteca. Esta conclusión no queda afectada por el hecho de que se mencione específicamente a las concesiones de obras públicas, extremo que debe interpretarse de modo que también comprenda a aquellas concesiones en las que existan obras públicas que debe ejecutar el concesionario y respecto de las cuales le corresponda su titularidad hasta el momento de la extinción de la concesión. Además, la propia Ley Hipotecaria menciona a las obras destinadas al servicio público, que pueden serlo perfectamente a través de un mecanismo de gestión indirecta de los servicios públicos como es la concesión de servicios.

8. En este mismo sentido cabe señalar que no parece razonable que si la ley permite sin discusión la hipoteca de las concesiones de obras, no se permita para aquellas concesiones de servicios que también incluyen entre sus prestaciones la ejecución de alguna obra de carácter inmobiliario y que, del mismo modo que las anteriores, requieren de una financiación específica y concreta para su viabilidad. Es evidente que la misma razón económica (la necesidad de financiación externa) que ha justificado siempre la hipotecabilidad de la concesión de obras es aplicable a las concesiones de servicios que afecten a alguna obra de carácter inmobiliario. Se trata de una condición económica común que otorga una misma justificación a la hipoteca en ambos casos.

Parece claro que la inclusión de la hipoteca de las concesiones de servicios en la ley vigente no obedece a un cambio de criterio del legislador, pues no



parece que la exclusión de la regulación de la materia en anteriores textos legales fuera voluntaria. Antes al contrario, parece más bien que se trata de cubrir una laguna de la legislación contractual, laguna que en cualquier caso quedaba ya cubierta por la aplicación de las normas general del derecho privado que, como ya hemos visto, autorizan la constitución del derecho real de hipoteca sobre las concesiones de servicios que afecten a obras de carácter inmobiliario y con los límites que establece la legislación hipotecaria.

Esta conclusión se ve avalada por el informe de la Abogacía General del Estado Ref.: A.G ENTES PÚBLICOS 53/14 (R-674/14). En el citado informe se indica respecto de la posibilidad de hipotecar las concesiones en general lo siguiente:

“La hipotecabilidad de las concesiones administrativas exige el cumplimiento de dos requisitos:

1) El carácter inmobiliario y, por tanto, el carácter inscribible (en el Registro de La Propiedad) que debe tener la concesión administrativa para su hipotecabilidad y ello en razón de ser la hipoteca un derecho real inmobiliario de inscripción registral constitutiva (se prescinde, lógicamente, de la figura de la hipoteca mobiliaria regulada por la Ley de 16 de diciembre de 1954)

2) Que la concesión administrativa, además de ese carácter inmobiliario e inscribible, sea enajenable o transmisible; esta segunda exigencia -salvo excepción legalmente establecida- resulta de lo dispuesto en el CC y en la LH. Así, tras enumerar el artículo 1857 del CC los requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca, el artículo 1858 del propio texto legal dispone



que "es también de esencia de estos contratos que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor", exigencia que respecto de los derechos reales, reitera el artículo 106.2 de la LH ("podrán ser hipotecados los derechos reales enajenables, con arreglo a las leyes, impuestos sobre los mismos bienes")."

Continúa señalando el meritado Informe, respecto de la hipoteca de la concesión de servicios lo siguiente:

"3) Hipotecabilidad de las concesiones de servicio público.

Así como la concesión de obra pública es hipotecable (artículo 107.6 del la LH y artículo 261.1 del TRLCSP), tratándose de concesión de servicio público, la doctrina más autorizada distingue dos supuestos:

a) Concesiones de servicio público en las que el concesionario no ha de construir obras o instalaciones para la prestación del servicio público objeto de la concesión (tales son las denominadas concesiones de servicio público de simple ejercicio). En relación con este tipo de concesiones de servicio público, se viene entendiendo que no es admisible su hipoteca, y ello en razón de que si el concesionario no ha de construir ninguna obra o instalación ni ha de utilizar el dominio público como soporte material para la prestación del servicio concedido, no puede apreciarse el carácter o connotación inmobiliaria que es de esencia a la hipoteca.

b) Concesiones del servicio público en las que el concesionario debe construir obras o instalaciones como medio necesario para la prestación del servicio público o se le atribuya un derecho de uso o utilización sobre un bien



(inmueble) de dominio público. En este segundo caso, dada la base inmobiliaria sobre la que descansa la prestación del servicio público, se admite la hipotecabilidad de la concesión de servicio público (de cumplirse, además, el requisito de su transmisibilidad o alienabilidad).”

Finalmente cabe señalar que aunque directamente no existe ningún pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la cuestión, sí que existe algún pronunciamiento en el que se admite *de facto* la existencia de derechos sobre obras destinadas a un servicio público a través de una concesión administrativa. Véase en este sentido la Sentencia del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 5 de marzo de 2.002.

9. En último lugar la consulta alude a la posibilidad de aplicar las reglas de la hipoteca de la concesión de obras que se contienen en los artículos 261 a 264 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Tales preceptos aluden a las autorizaciones administrativas necesarias, a los derechos del acreedor hipotecario, a la ejecución de la hipoteca y a los derechos de los titulares de cargas inscritas o anotadas sobre la concesión para el caso de resolución concesional. Tales reglas parecen todas perfectamente aplicables a un supuesto en que la concesión recaiga en parte sobre bienes inmuebles como es el que estamos analizando y su aplicación analógica a este supuesto (por causa de su identidad de razón ex artículo 4.1 CC) incrementa el nivel de seguridad jurídica en la relación hipotecaria.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes



CONCLUSIONES

- La hipoteca de la concesión de servicios también era posible jurídicamente bajo la vigencia del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aunque no se mencione expresamente en el mismo.
- Tal hipoteca se rige por lo dispuesto en los artículos 261 a 264 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público que se aplican analógicamente al caso.