

PUERTOS

3/14. CONCESIONES ADMINISTRATIVAS/HIPOTECA/ZONA FRANCA

Informe sobre la posibilidad de que el Consorcio de la Zona Franca de Cádiz hipoteque las concesiones de que es titular, así como un edificio emplazado en el recinto fiscal.¹

ANTECEDENTES

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre la posible constitución de garantía hipotecaria por el Consorcio de la Zona Franca de Cádiz. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

I. No cabe duda de que el Consorcio de la Zona Franca de Cádiz (en adelante, CZFC) puede acudir al mercado de capitales concertando préstamos con garantía hipotecaria; así resulta de la previsión contenida en el artículo 4.2 de sus Estatutos, aprobados por Orden del Ministerio de Hacienda de 12 de abril de 1933, con arreglo al cual el CZFC «... podrá igualmente realizar empréstitos, sean o no hipotecarios, y contratar garantías de emisión y seguros de colocación de títulos».

Aunque la garantía hipotecaria queda referida en dicho precepto estatutario a los empréstitos, término que se predica especialmente de los préstamos representados por títulos negociables, ello no excluye la garantía hipotecaria en razón de préstamos no representados por tales títulos, como acontecería, según los antecedentes remitidos, en el caso a que se refiere el presente informe, pues no tendría sentido, a la vista del artículo 4.2 de los Estatutos del CZFC, que se admita el empréstito (préstamo representado por títulos negociables) con garantía hipotecaria y en cambio, que no se admita el préstamo (no representado por dichos títulos) con garantía hipotecaria, siendo así que desde la perspectiva de la función de garantía

¹ Dictamen de la Abogacía General del Estado de 17 de septiembre de 2014 (ref.: A.G Entes Públicos 53/14). Ponente: D. Luciano Mas Villarroel Subdirector General de Servicios Consultivos.

3/14 que desempeña el derecho de hipoteca es indiferente que el préstamo se represente o no por títulos negociables, pues de lo que aquel derecho trata es de garantizar la restitución del capital tomado a préstamo.

Dicho lo anterior, esto es, admitida la posibilidad de que el CZFC constituya hipoteca en garantía de un préstamo, debe hacerse una precisión. La circunstancia de que el artículo 4.2 de los Estatutos CZFC admita la posibilidad de que esta entidad concierte préstamos con garantía hipotecaria no significa que, por reconocerse esta facultad, pueda ser objeto de hipoteca un bien o derecho que no cumpla los requisitos legalmente exigidos para poder ser hipotecado. El citado precepto estatutario es una norma que establece una capacidad o facultad para realizar un negocio jurídico, pero, obviamente, siempre que se cumplan los requisitos exigidos por la norma sustantiva que regula ese negocio jurídico. Admitir lo contrario equivaldría a supeditar el régimen jurídico dispuesto por la ley sustantiva –en el caso del derecho de hipoteca, Código Civil (CC) y Ley Hipotecaria (LH)– a una norma subalterna como es una Orden Ministerial aprobatoria de unos estatutos.

Hecha la anterior precisión, la cuestión que se suscita consiste en determinar cuál sea el objeto sobre el que pudiera recaer el derecho de hipoteca, dado que en los antecedentes remitidos, por una parte, se configura o califica la hipoteca como hipoteca de concesión parcial de servicio público por entender que esta calificación (concesión de servicio público, más exactamente, concesión mixta de obra pública y de servicio público) es la que conviene a la concesión de Zona Franca y, por otra parte, se alude a la hipoteca de un determinado edificio emplazado en el recinto fiscal (« Edificio Europa»)

Así las cosas, la anterior cuestión debe resolverse acudiendo, en primer término, al régimen legal de la hipoteca de concesiones administrativas para examinar luego la posible hipoteca del mencionado edificio.

II. El artículo 107.6 de la LH declara hipotecables:

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

Poniendo en relación este precepto con las normas legales sectoriales atinentes a concesiones administrativas, debe examinarse la hipotecabilidad de las concesiones demaniales, de las concesiones de obra pública y de las concesiones de servicio público, debiendo indicarse, como punto de partida fundamental, que 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; está 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»).

1. Hipotecabilidad de las concesiones demaniales.

Ninguna cuestión suscita su configuración como derecho real (administrativo) inmobiliario, ni tampoco, la transmisibilidad de las legalmente configuradas como enajenables o trasmisibles, bien que la constitución de hipoteca exija de ordinario la autorización previa de la Administración concedente. Son así ejemplos claros de hipotecabilidad de las concesiones demaniales la hipoteca sobre concesiones mineras (artículo 97.1 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas); la hipoteca sobre concesiones de ocupación del dominio público marítimo-terrestre (artículo 70.3 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas) y la hipoteca sobre concesiones dominio público portuario (artículo 92.4 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante aprobado por Real Decreto-Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre).

2. Hipotecabilidad de las concesiones de obra pública.

Tampoco suscita especial cuestión su carácter inmobiliario (expresamente sancionado en el artículo 334.10 del CC y transmisible (sin perjuicio de que, en su caso, sea necesaria la autorización de la Administración otorgante de la concesión). Su hipotecabilidad resulta del expreso reconocimiento que en tal sentido establece el artículo 107.6 de la LH («concesiones administrativas de... canales, puertos y otras obras destinadas al servicio público...») y del artículo 261 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre –TRLCSPP– («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»).

3. Hipotecabilidad de las concesiones de servicio público.

Así como la concesión de obra pública es hipotecable (artículo 107.6 de 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).

III. Admitida la hipotecabilidad de la concesión de dominio público, de la concesión de obra pública y, con las matizaciones indicadas, de la concesión de servicio público, procede examinar cuál sea la concesión de titularidad del CZFC que se hipotecaría, debiendo distinguirse, a estos efectos y a la vista de los antecedentes remitidos, dos concesiones: 1) la concesión de Zona Franca a que se refiere el Real Decreto-Ley de 11 de junio de 1929 sobre bases de puertos, zonas y depósitos francos; y 2) la concesión inscrita en el Registro de la Propiedad nº 1 de Cádiz según certificación registral expedida el 6 de agosto de 2014.

1. Concesión de Zona Franca.

La primera cuestión que se suscita consiste en determinar si las concesiones a que se refiere el Real Decreto-ley de 11 de junio de 1929 son verdaderas concesiones administrativas. Esta cuestión se plantea en razón de que concurren diversas circunstancias que, en principio, permitirían entender que no se está en presencia de una verdadera concesión administrativa; así, el concesionario es una entidad de derecho público cuya estructura está predeterminada por la Ley; la concesión no está sometida a limitación temporal alguna y, finalmente, y como consecuencia de la incorporación del Reino de España a la actual Unión Europea y por razón de las previsiones de los Reglamentos (CEE) números 2504/88 del Consejo, de 25 de julio; 2562/90 de la Comisión, de 30 de julio; 2485/91, de 29 de julio; 450/2008, de 23 de abril, del Parlamento Europeo, la constitución de Zonas Francas no queda sometida ya a concesión administrativa, sino a autorización, como así lo dispone la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 2 de diciembre de 1992.

Ahora bien, frente a las anteriores circunstancias, que no dejan de tener un valor y significación relativos (especialmente la última, por obvias razones temporales), no puede desconocerse que el Real Decreto-ley de 11 de junio de 1929 utiliza reiteradamente el término «concesión» («la concesión de una zona franca», base 10; «las concesiones de Zonas Francas y Depósitos Francos caducarán...», base 16; «Las Zonas y Depósitos Francos dependerán del Ministerio de Hacienda al que corresponderá otorgar las concesiones...» base 20); utilizándose también el término «concesión» por numerosos preceptos de las Ordenanzas Generales de la Renta de Aduanas aprobadas por Decreto 17 de octubre de 1947. Pues bien, la continua utilización del término «concesión» y, unido a ello, la circunstancia de que este término ya tenía en la época de la promulgación del Real Decreto-ley de 11 de junio de 1929 una significación jurídica precisa permiten entender que su empleo en dicha norma legal (así como por las normas reglamentarias que desarrollaban sus previsiones en materia de Zonas Francas) implica la calificación del título jurídico habilitante para la gestión o administración de la Zona Franca como verdadera concesión administrativa, bien que, por lo que seguidamente se expone, deba conceptuarse como una concesión administrativa especial en el sentido de que no se corresponde con ninguna de las categorías típicas (concesión de dominio público, concesión de obra pública y concesión de servicio público).

La concesión de Zona Franca a que se refiere el Real Decreto-ley de 11 de junio de 1929 no es, en primer término, una concesión de dominio público. Si el objeto de la concesión demanial es la utilización o aprovechamiento del dominio público, el objeto de la concesión a que se refiere dicha norma legal es la administración o gestión del recinto de régimen aduanero especial en que consiste la Zona Franca, lo que, obviamente, no constituye el objeto o fin de la concesión demanial. No desvirtúa esta conclusión la circunstancia de que la concesión a que se refiere el repetido Real Decreto-ley tenga por soporte físico o material el dominio público marítimo-terrestre o dominio público portuario cuya utilización lo es en régimen de concesión, pues ello no es sino meramente instrumental de la concesión de Zona Franca, sin que, por tanto, la concesión demanial (dominio público marítimo-terrestre o dominio público portuario) desplace a la concesión de Zona Franca, primando sobre ella.

Tampoco la concesión de Zona Franca es una concesión de obra pública. Partiendo del concepto positivo de obra pública que establece el artículo 1 de la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 —«las que sean de general uso y aprovechamiento»—, y siendo, por tanto, las obras públicas objeto de la concesión de este nombre las destinadas al uso público, esto es, al uso común general (se prescinde, por lógicas razones, del concepto de obras públicas como «las destinadas a servicios que se hallen a cargo del Estado, de las provincias o de los pueblos» que también establece el artículo 1 de la citada Ley), la figura de la concesión de obra pública resulta de la conjunción de dos ideas: 1) construcción,

3/14 por el concesionario, de la obra; y 2) explotación subsiguiente de la obra por el concesionario, lo que presupone –siendo ello un elemento inherente al concepto de obra pública– su «general uso y aprovechamiento» en palabras de la citada Ley de 13 de abril de 1877. Coincide ello con la definición que actualmente establece el artículo 8 del TRLCSP, según el cual « la concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6 (en síntesis, la construcción de una obra), incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos y en los que la contraprestación a favor del concesionario consiste o bien únicamente en el derecho a explotar la obra o bien en dicho derecho acompañado de percibir un precio». Pues bien, aunque el CZFC hubiese tenido que construir obras portuarias, así como diversas edificaciones e instalaciones en el espacio del recinto fiscal, la finalidad o razón de ser de tales obras e instalaciones no es su «general uso y aprovechamiento», es decir, no es su destino al uso público general, sino la realización de las operaciones que detalla la base 5 del Real Decreto-ley de 11 de junio de 1929, siendo propia y exclusivamente el objeto de la concesión a que se refiere dicho texto legal la administración de la Zona Franca.

Finalmente, tampoco la concesión a que se refiere el Real Decreto-ley de 11 de junio de 1929 puede calificarse como concesión de servicio público. Obviamente, el concepto de esta concesión gira en torno al concepto mismo de servicio público. Con arreglo al criterio doctrinal más autorizado, frente al concepto de función pública, caracterizado por ser una actividad administrativa de contenido esencialmente jurídico, frente a la actividad administrativa patrimonial, resultante de la inclusión en el patrimonio de una Administración Pública de bienes y derechos productores, mediante su explotación, de recursos económicos, y frente a la actividad administrativa de gestión económica, caracterizada por lo que se ha denominado «dación de bienes al mercado», la actividad administrativa de servicio público se configura como una actividad de prestación o asistencial cuya asunción por la Administración («*publicatio*») se justifica en la satisfacción de necesidades básicas de los ciudadanos. Pues bien, no obstante la relatividad que históricamente se aprecia en la calificación de determinadas actividades como servicios públicos, en cuanto que ello es fruto de la orientación política imperante en cada época, no cabe razonablemente entender que las concesiones de Zona Franca sean concesiones para la prestación de un servicio público, ya que en ellas no concurre la nota definidora de tales concesiones, cual es la de realizarse una actividad prestacional dirigida a la satisfacción de necesidades reputadas como necesidades básicas de los ciudadanos; en realidad, las Zonas Francas no son sino medios instrumentales (de carácter fiscal, dado el régimen aduanero especial que comportan) de la actividad administrativa de fomento, como así se viene a poner de manifiesto en el preámbulo del Real Decreto-ley de 11 de junio de 1929 en el que expresamente se alude

al fomento de la economía nacional, siendo precisamente esta actividad de fomento de la economía nacional la razón fundamental determinante de la creación de los Consorcios de Zonas Francas.

No pudiendo calificarse las concesiones de Zona Franca a que se refiere el Real Decreto-Ley de continua referencia como concesiones administrativas de dominio público, de obras públicas ni de servicios públicos, no cabe, lógicamente, admitir al hipotecabilidad de aquellas concesiones con base en la hipotecabilidad de las concesiones demaniales, de las concesiones de obras públicas y, con las matizaciones o condicionamientos antes indicados, de las concesiones de servicio público.

Partiendo de la anterior premisa, la hipotecabilidad de la concesión de que se trata sólo podría tener lugar de cumplirse en ella los requisitos indicados en el apartado precedente –carácter o sustancia inmobiliaria de la concesión y transmisibilidad o alienabilidad de la misma–

En relación con el primer requisito, las concesiones de Zona Franca no tienen, en realidad, carácter inmobiliario dado su objeto. No cabe duda de que las concesiones de Zona Franca a que se refiere el Real Decreto-ley de 11 de junio de 1929 tienen una base territorial (según la base 5ª del repetido Real Decreto-ley, «es Zona Franca una franja o extensión de terreno situado en el litoral, aislada plenamente de todo núcleo urbano, con puerto propio o al menos adyacente, y en el término jurisdiccional de una Aduana marítima de primera clase...»). Esta base territorial no es propiamente el objeto de la concesión de Zona Franca, sino la delimitación espacial a la que resulta aplicable el régimen aduanero especial que comporta la Zona Franca. El objeto de la concesión de Zona Franca es la administración o gestión de ese espacio de régimen aduanero especial; no cabe, por ello, ver en las concesiones de Zona Franca concesiones de carácter inmobiliario como es propio de las concesiones demaniales.

Ahora bien, aun en la hipótesis de que, contrariamente a lo indicado, se entendiese que dichas concesiones son concesiones de carácter inmobiliario, lo que no puede negarse es el carácter intransmisible o inalienable de las concesiones de Zona Franca. En efecto, con arreglo al Real Decreto-ley de 11 de junio de 1929, el concesionario no sólo es necesariamente una entidad jurídico-pública, sino que, además, su composición queda determinada por la propia norma legal; si esta predeterminación del concesionario en la norma legal es suficiente para concluir en la intransmisibilidad de la concesión, esta conclusión queda confirmada por la circunstancia de que dicho texto legal (ni sus normas de desarrollo) no contenga previsión alguna que admita la transmisión de una concesión de Zona Franca.

En consecuencia, debe entenderse que la concesión de Zona Franca a que se refiere la norma legal de constante cita y de la que es titular el CZFC no es hipotecable.

2. Hipotecabilidad de la concesión inscrita en el Registro de la Propiedad nº 1 de Cádiz.

A la vista de la certificación expedida el 6 de agosto de 2014, y que se da aquí por reproducida, la concesión de que ahora se trata es una concesión de dominio público. Así resulta de los dos siguientes datos:

a) En primer lugar, el objeto material del derecho inscrito es la parcela denominada A-B, cuya situación, superficie y linderos se determinan.

b) En segundo lugar, y partiendo de lo anterior, no puede desconocerse el dato jurídico consistente en el título en virtud del cual se hizo la inscripción de lo que el asiento registral denomina concesión administrativa sin más especificación. Dicho título está constituido por el acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de mayo de 1952 y, de conformidad con él, por la Orden del entonces Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo –Dirección General de Puertos y Señales Marítimas– de 3 de julio de 1973. Pues bien, el citado acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de mayo de 1952 no tiene otro contenido que el de « ... otorgar al Consorcio de la Zona Franca de Cádiz la concesión de los terrenos de dominio público afectados por las obras correspondientes al indicado «Proyecto de muelles, dragados y rellenos para el establecimiento de dicha Zona cuya acta de replanteo fue aprobada por Orden ministerial de 4 de junio de 1945 a reserva del expediente de deslinde actualmente en curso...»

Siendo, pues, la concesión administrativa inscrita en el Registro de la Propiedad nº 1 de Cádiz una concesión de dominio público, es indudable el carácter inmobiliario de la misma, por lo que, según lo indicado, no habría ningún impedimento, atendido el requisito del carácter inmobiliario de la concesión como condicionante de su hipotecabilidad, para admitir la hipoteca de la concesión de que ahora se trata.

No ocurre, sin embargo, lo propio desde la perspectiva del requisito de la transmisibilidad o alienabilidad de la concesión (cfr. artículo 1858 del CC y artículo 106.2 de la LH). Las concesiones de dominio público marítimo-terrestre y de dominio público portuario son transmisibles (artículos 70.3 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas y 92.4 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, respectivamente). Ahora bien, no puede desconocerse que la concesión demanial de que ahora se trata no es sino una concesión meramente instrumental de la concesión de Zona Franca a que se refiere el Real Decreto-ley de 11 de junio de 1929 y de la que es titular el CZFC, puesto que dicha concesión demanial, más exactamente, el dominio público objeto de la concesión constituye el ámbito espacial al que se circunscribe el régimen aduanero especial en que se traduce la Zona Franca (cfr. base 5ª del Real Decreto Ley de 11 de junio de 1929). Así las cosas, y siendo, como se ha razonado, intransmisible la concesión de Zona Franca a que se refiere el repetido Real Decreto-Ley, no resulta admisible la transmisibilidad de la mencionada concesión demanial, dado su carácter instrumental o medial respecto de la concesión

de la Zona Franca; siendo la causa o razón de ser de la concesión demanial la concesión de Zona Franca, la intransmisibilidad de ésta determina la intransmisibilidad de aquélla. Debe, por tanto, concluirse que tampoco resulta hipotecable la concesión demanial examinada.

Sentadas las anteriores conclusiones –imposibilidad de hipotecar la concesión de Zona Franca (por no tener carácter o sustancia inmobiliaria y por no ser transmisible) y la concesión demanial inscrita en el Registro de la Propiedad nº 1 de Cádiz (pues, no obstante tener carácter inmobiliario, no es, según lo dicho, transmisible), debe examinarse todavía si el requisito de la transmisibilidad o alienabilidad del bien o derecho que se hipoteca puede quedar excepcionado por razón de la figura del convenio de realización a que se refieren los artículos 640 y 691.5 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC). Como fácilmente se comprende de lo que acaba de decirse, de entenderse que la figura del convenio de realización excluye el requisito de la transmisibilidad o alienabilidad del bien o derecho como exigencia o requisito necesario para su hipotecabilidad, sería hipotecable la concesión administrativa a que se refiere el Real Decreto-ley de 11 de junio de 1929 (concesión de Zona Franca) si se entendiese que tiene carácter o sustancia inmobiliaria y, desde luego, sería hipotecable la concesión demanial inscrita en el Registro de la Propiedad nº 1 de Cádiz, ya que indiscutiblemente tiene carácter inmobiliario. Procede, pues, examinar esta cuestión.

El artículo 640 de la LEC dispone lo siguiente:

«1. El ejecutante, el ejecutado y quien acredite interés directo en la ejecución podrán pedir al Secretario judicial responsable de la misma que convoque una comparecencia con la finalidad de convenir el modo de realización más eficaz de los bienes hipotecados, pignorados o embargados, frente a los que se dirige la ejecución.

2. Si el ejecutante se mostrare conforme con la comparecencia y el Secretario judicial no encontrare motivos razonables para denegarla, la acordará mediante diligencia de ordenación, sin suspensión de la ejecución, convocando a las partes y a quienes conste en el proceso que pudieren estar interesados.

En la comparecencia, a la que podrán concurrir otras personas, por invitación de ejecutante o ejecutado, los asistentes podrán proponer cualquier forma de realización de los bienes sujetos a la ejecución y presentar a persona que, consignando o afianzando, se ofrezca a adquirir dichos bienes por un precio previsiblemente superior al que pudiera lograrse mediante la subasta judicial. También cabrá proponer otras formas de satisfacción del derecho del ejecutante.

3. Si se llegare a un acuerdo entre ejecutante y ejecutado, que no pueda causar perjuicio para tercero cuyos derechos proteja esta Ley, lo aprobará el Secretario judicial mediante decreto y suspenderá

la ejecución respecto del bien o bienes objeto del acuerdo. También aprobará el acuerdo, con el mismo efecto suspensivo, si incluyere la conformidad de los sujetos, distintos de ejecutante y ejecutado, a quienes afectare.

Quando el convenio se refiera a bienes susceptibles de inscripción registral será necesaria, para su aprobación, la conformidad de los acreedores y terceros poseedores que hubieran inscrito o anotado sus derechos en el Registro correspondiente con posterioridad al gravamen que se ejecuta.

4. Cuando se acredite el cumplimiento del acuerdo, el Secretario judicial sobreseerá la ejecución respecto del bien o bienes a que se refiriere. Si el acuerdo no se cumpliera dentro del plazo pactado o, por cualquier causa, no se lograra la satisfacción del ejecutante en los términos convenidos, podrá éste pedir que se alce la suspensión de la ejecución y se proceda a la subasta, en la forma prevista en esta Ley.

5. Si no se lograra el acuerdo a que se refiere el apartado tercero de este artículo, la comparecencia para intentarlo podrá repetirse, en las condiciones previstas en los dos primeros apartados de este artículo, cuando las circunstancias del caso lo aconsejen, a juicio del Secretario judicial, para la mejor realización de los bienes.»

Por su parte, el artículo 691.5 de la propia LEC, inserto en el Capítulo de la misma relativo a las «particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, preceptúa lo siguiente:

«En los procesos de ejecución a que se refiere este Capítulo podrán utilizarse también la realización mediante convenio y la realización por medio de persona o entidad especializada regulada en las Secciones 3ª y 4ª del Capítulo IV del presente Título».

Dada la admisibilidad en el proceso de ejecución hipotecaria del convenio de realización, y puesto que este convenio puede consistir –al no quedar predeterminado su contenido en la LEC– en que la ejecución de la garantía hipotecaria queda limitada a las rentas o rendimientos líquidos que el deudor hipotecario obtenga del bien o derecho hipotecado (o incluso de otros bienes), debe examinarse si la admisibilidad del convenio de realización puede dar lugar a que quede eliminado el requisito de la transmisibilidad o alienabilidad del bien o derecho como exigencia necesaria para su hipotecabilidad. Bastaría, a estos efectos, con que en la escritura de constitución de hipoteca se pactase que la ejecución de ésta se efectuará sobre las rentas o rendimientos líquidos que obtenga el CZFC (hasta el importe del crédito hipotecario, sus intereses y costas), dando lugar así a la denominada «hipoteca ad fructus».

Planteada así la cuestión, entiende esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado que la admisibilidad de la

figura del convenio de realización en el proceso de ejecución hipotecaria no permite entender excepcionado el requisito de la transmisibilidad del bien o derecho como exigencia necesaria para su hipotecabilidad. Se fundamenta este criterio en la ponderación conjunta de las siguientes consideraciones :

1. En primer lugar, y como planteamiento general, no cabe razonablemente entender que una norma formal y procedimental altere, para modificarla, la regulación de una determinada figura o institución jurídica contenida en una norma sustantiva o material a la que, por este carácter, le corresponde fijar el régimen jurídico de esa figura o institución. Es por ello por lo que la admisión (y regulación) del convenio de realización por la LEC (artículo 640) no puede modificar o excepcionar el régimen jurídico sustantivo o material del derecho de hipoteca en un extremo, además, tan importante como es el requisito de la alienabilidad o transmisibilidad de la cosa o derecho hipotecado que categóricamente exigen los preceptos de la ley sustantiva o material como son los artículos 1858 del CC y 106.2 de la LH.

2. La admisibilidad del convenio de realización en el procedimiento de ejecución hipotecaria (artículo 691.5 de la LEC) no excluye o niega, sino que presupone el requisito o exigencia de transmisibilidad de la cosa o derecho hipotecado. Buena prueba de ello es que el artículo 640. 1 de la LEC ordena al Secretario Judicial sobreseer la ejecución una vez acreditado el cumplimiento del convenio y, para el caso de que no se cumpliese o por cualquier causa no se lograra la satisfacción del ejecutante en los términos convenidos, dispone que el ejecutante podrá pedir que se alce la suspensión de la ejecución y se proceda a la subasta. Como resulta obvio, la posibilidad de que, por la razón indicada, deba alzarse la suspensión de la ejecución y se proceda a la subasta pone de manifiesto que el convenio de realización no excluye o elimina el requisito de la transmisibilidad del bien o derecho como exigencia fundamental para su hipotecabilidad. Dicho en otros términos, la LEC admite y regula el convenio de realización como posible modalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, pero partiendo de la premisa de que el bien o derecho hipotecado es transmisible o enajenable.

3. Como se ha apuntado anteriormente, la hipotecabilidad de las concesiones indicadas tendría por base que en la escritura de constitución de hipoteca se pactase el convenio de realización como forma de ejecución de la garantía hipotecaria. Pues bien, a juicio de este Centro Directivo, no resulta admisible que el convenio de realización se pacte en la escritura de constitución de hipoteca, y ello con fundamento en las siguientes consideraciones:

3a) Resulta muy significativo que la LEC (artículos 640 y 691.5) regule pormenorizadamente el convenio de realización con objeto de facilitar la ejecución hipotecaria, admitiéndolo sólo a través del procedimiento que establece el artículo 640 y, en cambio, guarde absoluto

3/14 silencio sobre la posibilidad de que el convenio de realización pueda establecerse en la escritura de constitución de hipoteca. Cabe por ello entender que esta falta de previsión legal sobre la posibilidad de pactar el convenio de realización en la escritura de constitución de hipoteca no es una mera omisión involuntaria o inconsciente del legislador, sino que, distintamente, supone la determinación legislativa de no admitirla.

3b) Aunque, el convenio de realización descansa sobre la base de la voluntad del ejecutante y ejecutado, no resulta adecuada su calificación como exclusivo acto o negocio jurídico-privado. La regulación que del procedimiento para llegar al convenio de realización establece el artículo 640 de la LEC y, muy particularmente, la intervención que tiene el Secretario Judicial, tanto en lo que respecta a la procedencia de la comparecencia (en la que se plantea y debate el convenio) que solicite el ejecutante como en lo que respecta a la aprobación del propio convenio, ponen de manifiesto la connotación jurídico-pública del convenio de realización. Pues bien, no sería coherente con esta configuración jurídico-pública y, derivado de ello, con la necesaria intervención de una autoridad como es el Secretario Judicial (cfr. artículo 440 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial) que, al margen del procedimiento que establece el artículo 640 de la LEC y al margen de la intervención de esa autoridad, se admitiese el convenio de realización en la escritura de constitución de hipoteca por la sola voluntad del acreedor y deudor hipotecarios.

A la vista de las consideraciones precedentes, debe concluirse, como se indicó, que la figura del convenio de realización a que se refiere el artículo 640 de la LEC, pese a estar expresamente admitido en el procedimiento de ejecución sobre bienes hipotecados (artículo 691.5 de dicho texto legal), no excluye o exime el requisito de la transmisibilidad o alienabilidad del bien o derecho como exigencia para su hipotecabilidad, por lo que no cabe fundar la hipotecabilidad de la concesión administrativa a que se refiere el Real Decreto-ley de 11 de junio de 1929 (concesión de Zona Franca) y la hipotecabilidad de la concesión demanial inscrita en el Registro de la Propiedad nº 1 de Cádiz en la admisibilidad del convenio de realización en la ejecución hipotecaria por la LEC.

Tampoco permitiría la hipoteca de las referidas concesiones el régimen específico de ejecución hipotecaria que el artículo 155, párrafo último, de la LH establece por remisión a los preceptos del Código de Comercio sobre compañías de ferrocarriles y demás obras públicas (artículos 184 a 192) y ello en razón de las consideraciones que seguidamente se exponen.

Regulando el artículo 155 de la LH el procedimiento para hacer efectiva la acción hipotecaria nacida de títulos nominativos y al portador cuya emisión cuente con garantía hipotecaria, el párrafo último de dicho precepto establece que «lo dispuesto en el presente artículo no es aplicable a las obligaciones emitidas por las Compañías de ferrocarriles y demás obras públicas y por las de crédito territorial, las cuales continuarán rigiéndose por las disposiciones del Código de Comercio y demás referentes a las

mismas». Pues bien, el artículo 190 del Código de Comercio preceptúa que «la acción ejecutiva a que se refiere la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto a los cupones vencidos de las obligaciones emitidas por las compañías de ferrocarriles y demás obras públicas (...) sólo podrá dirigirse contra los rendimientos líquidos que obtenga la compañía y contra los demás bienes que la misma posea no formando parte del camino o de la obra ni siendo necesarios para la explotación».

Los preceptos transcritos –artículo 155, párrafo último, de la LH y 190 del Código de Comercio– sancionan la denominada «hipoteca ad fructus», de forma que, por disposición legal expresa, la ejecución hipotecaria no recae sobre los bienes o derechos hipotecados (salvo los bienes de propiedad de esas compañías que no formen parte «del camino o de la obra» ni sean necesarios para la explotación), sino sobre los rendimientos líquidos que obtengan esas compañías.

Pues bien, entiende esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado que la regla que establecen los citados preceptos legales no es aplicable a los consorcios de Zona Franca, dada la especificidad y singularidad de dicha regla que, por tal carácter, no puede ser objeto de una interpretación ni aplicación extensiva, al ser en realidad una excepción al sistema o régimen de ejecución hipotecaria.

Refiriéndose dicha regla a las compañías de ferrocarriles y demás obras públicas, los consorcios de Zona Franca no son, obviamente, compañías de ferrocarriles ni tampoco pueden conceptuarse como compañías de obras públicas. En relación con esto último, deben darse por reproducidas aquí las consideraciones expuestas en el apartado III del presente informe sobre la improcedencia de conceptuar la concesión de Zona Franca a que se refiere el Real Decreto-ley de 11 de junio de 1929 como una concesión de obra pública, como sería necesario para entender que el CZFC puede ser caracterizado como una compañía de obras públicas: el CZFC no es una compañía en el sentido en que este término es utilizado por el Código de Comercio, es decir, una sociedad mercantil (cfr. artículo 116), sino una entidad jurídico-pública y, en el aspecto funcional u objetivo, el CZFC no tiene por objeto la explotación de obras públicas en el sentido en que éstas se definen en el artículo 1 de la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, sino, muy distintamente y como se ha dicho repetidamente, la administración o gestión de la Zona Franca como recinto de régimen aduanero especial.

IV. Como última cuestión, queda por examinar la hipotecabilidad del «Edificio Europa». Dado que esta edificación se encuentra situada dentro de la concesión demanial, deben tenerse en cuenta las previsiones del artículo 98 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP).

Para resolver esta cuestión es necesario partir de lo dispuesto en el artículo 97 de dicho texto legal que preceptúa lo siguiente:

«1. El titular de una concesión dispone de un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido para el ejercicio de la actividad autorizada por el título de la concesión.

2. Este título otorga a su titular, durante el plazo de validez de la concesión y dentro de los límites establecidos en la presente sección de esta ley, los derechos y obligaciones del propietario».

Ya se entienda que el titular de la concesión ostenta respecto de las obras, construcciones e instalaciones que haya construido sobre el dominio público el derecho de propiedad sobre las mismas –ello con fundamento en la dicción literal del apartado 2: «Este título otorga a su titular (...) los derechos y obligaciones del propietario»–, ya se entienda que sobre tales obras y construcciones ostenta un derecho real próximo al dominio –ello con fundamento en que, según dicho precepto, los derechos y obligaciones del propietario lo son « durante el plazo de validez de la concesión y dentro de los límites establecidos en la presente sección de esta Ley»–, es lo cierto que el artículo 98 de la LPAP, bajo la rúbrica de «transmisión de derechos reales», dispone lo siguiente:

«1. Los derechos sobre las obras, construcciones e instalaciones de carácter inmobiliario a que se refiere el artículo precedente sólo 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.

2. Los derechos sobre las obras, construcciones e instalaciones sólo podrán ser hipotecados como garantía de los préstamos contraídos por el titular de la concesión para financiar la realización, modificación o ampliación de las obras, construcciones e instalaciones de carácter fijo situadas sobre la dependencia demanial ocupada.

En todo caso, para constituir la hipoteca será necesaria la previa autorización de la autoridad competente para el otorgamiento de la concesión. Si en la escritura de constitución de la hipoteca no constase esta autorización, el registrador de la propiedad denegará la inscripción.

Las hipotecas constituidas sobre dichos bienes y derechos se extinguen con la extinción del plazo de la concesión»

Es claro, a la vista del precepto transcrito, que los derechos del concesionario sobre las obras, construcciones e instalaciones realizadas por él sobre el dominio público son hipotecables (bien que para ello sea necesario la previa autorización de la autoridad competente para el otorgamiento de la concesión); ahora bien, la hipotecabilidad de dichos derechos tiene por presupuesto o base (en consonancia con la exigencia

del artículo 1858 del CC y artículo 106.2 de la LH) la transmisibilidad de dichos derechos, como así resulta de la regla del apartado 1 del propio artículo 98.

Pues bien, estando emplazado el mencionado edificio en la concesión de dominio público de que es titular el CZFC, cabe entender que dicho inmueble no es hipotecable, ya que, como se ha razonado antes, dicha concesión demanial no es transmisible precisamente por su carácter medial o instrumental de la concesión a que se refiere el Real Decreto-ley de 11 de junio de 1929: si esta última concesión no es transmisible y si la concesión demanial es el soporte físico o material de la concesión a que se refiere el repetido Real Decreto-ley, dicha concesión demanial no es transmisible. Dicho en otros términos, la inclusión del aludido edificio en la concesión de dominio público tiene por consecuencia que, siendo ésta intransmisible, este mismo carácter de intransmisibilidad se predique del edificio y, por tanto, que no resulte hipotecable.

De entenderse que el carácter intransmisible del mencionado edificio –de donde se seguiría la improcedencia de su hipoteca– queda desvirtuado por la regla de norma con rango de ley, como es el artículo 98 de la LPAP, que sin excepción admite la hipoteca de las obras, construcciones e instalaciones ejecutadas por el concesionario –bien que sometiéndola al requisito de la previa autorización de la autoridad competente para el otorgamiento de la concesión–, surgiría, en el caso concreto a que se refiere el presente informe, un impedimento para admitir la hipoteca de la edificación. En efecto, el artículo 98.2 de la LPAP sólo admite la hipoteca de las obras, construcciones e instalaciones como garantía de los préstamos contraídos por el titular de la concesión para financiar la realización, modificación o ampliación de tales obras, construcciones e instalaciones; pues bien, esta exigencia o requisito a que se condiciona la hipoteca de aquéllas no se cumple, dado que el préstamo que con garantía hipotecaria concertase el CZFC no tendría por finalidad la realización, modificación o ampliación del repetido edificio.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, formula las siguientes

CONCLUSIONES

Primera. No resulta procedente la constitución de hipoteca sobre la concesión a que se refiere el Real Decreto-ley de 11 de junio de 1929 sobre bases de puertos, zonas y depósitos francos, ni sobre la concesión administrativa inscrita en el Registro de la Propiedad número 1 de Cádiz.

Segunda. Tampoco resulta procedente la constitución de hipoteca sobre el «Edificio Europa».