

La rentabilización del dominio público:  
Dificultades, propuestas y desafíos de futuro

Making the public domain profitable:  
Difficulties, proposals and challenges for the future

MARÍA DE LOS ÁNGELES FERNÁNDEZ SCAGLIUSI

VOL. 5 Nº 1 JANEIRO 2018

[WWW.E-PUBLICA.PT](http://WWW.E-PUBLICA.PT)

## **LA RENTABILIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO: DIFICULTADES, PROPUESTAS Y DESAFÍOS DE FUTURO**

### **MAKING THE PUBLIC DOMAIN PROFITABLE: DIFFICULTIES, PROPOSALS AND CHALLENGES FOR THE FUTURE**

MARÍA DE LOS ÁNGELES FERNÁNDEZ SCAGLIUSI

Departamento de Derecho Administrativo

Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla

Enramadilla 18-20, 41018 Sevilla – España

[scagliusi@us.es](mailto:scagliusi@us.es)

**Resumen:** El dominio público, institución clave en la dogmática del Derecho Administrativo, está experimentando una evolución de una óptica de conservación y resguardo hacia una tendencia de rentabilización. El mercado se ha infiltrado en el ámbito demanial, ocasionando dos consecuencias fundamentales: por un lado, la exigencia de una mayor rentabilidad y productividad y, por otro, la necesidad de no descuidar, como efecto de esos nuevos requerimientos, la protección de la afectación. Esta corriente lleva a cuestionar algunos de los rasgos más característicos del dominio público: particularmente, la inalienabilidad. El presente trabajo analiza las variadas manifestaciones que bajo el rótulo de la corriente de rentabilización (división en volúmenes, negocios de Derecho privado, *sale and lease back*, etc.) se observan en el ordenamiento jurídico español poniendo de relieve sus luces y sombras.

**Palabras Clave:** bienes demaniales, bienes patrimoniales, afectación, gestión y rentabilización.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La búsqueda de la rentabilización de los bienes públicos. 2.1. *El concepto “rentabilización” aplicado al dominio público.* 2.2. *Los fines perseguidos mediante las operaciones de valorización.* 3. Las concretas herramientas empleadas para la rentabilización. 3.1. *La división en volúmenes del dominio público.* 3.2. *La celebración de contratos de Derecho privado sobre bienes demaniales.* A) MINTRA. B) AENA. 3.3. *Las operaciones «sale and lease-back», enajenación y arrendamiento de edificios administrativos realizadas por la Junta de Andalucía.* A) «Sociedad de Gestión, Financiación e Inversión Patrimonial, S.A.». B) «Empresa Pública de Gestión de Activos, S.A.». C) Desarrollo de la operación. D) Medidas adoptadas por otras Comunidades Autónomas. 3.4. *La iniciativa «project bonds» o emisión de bonos, un instrumento innovador de financiación de infraestructuras.*

**Resumo:** O domínio público, instituição-chave na dogmática do Direito Administrativo, conhece uma evolução de uma ótica da conservação e proteção no sentido da sua rentabilização. O mercado infiltrou-se no âmbito dominial, com duas implicações fundamentais: por um lado, a exigência de uma maior rentabilidade e produtividade e, por outro, a necessidade de não preterir, face a

essas novas exigências, a proteção da afetação. Esta corrente leva a questionar alguns dos traços mais característicos do domínio público: particularmente, a inalienabilidade. O presente trabalho analisa as diversas manifestações que, sob o rótulo da corrente da rentabilização (divisão em volumes, contratos de Direito Privado, *sale and lease back*, etc.) se observam no ordenamento jurídico espanhol, pondo em relevo as suas luzes e sombras.

**Palavras-chave:** bens dominiais; bens patrimoniais; afetação; gestão; rentabilização.

**Abstract:** The public domain, a key institution in the dogma of Administrative Law, is undergoing an evolution from a perspective of conservation and protection towards a trend of profitability. The market has infiltrated the demanial sphere, causing two fundamental consequences: on the one hand, the demand for greater profitability and productivity and, on the other, the need not to neglect, as an effect of these new requirements, the protection of the affectation to the public domain. This tendency leads to the questioning of some of the most characteristic features of the public domain: in particular, its inalienability. This paper analyses the various manifestations of the different forms of profit streams (division into volumes, private law business, sale and leaseback, etc.) that can be observed in the Spanish legal system, highlighting their strengths and weaknesses.

**KeyWords:** *public domain, patrimonial goods, affectation, management and profitability.*

**Summary:** 1. Introduction. 2. The search for the profitability of public goods. 2.1. *The concept of profitability applied to the public domain.* 2.2. *The purposes pursued by the valorization operations.* 3. The concrete tools used for the profitability. 3.1. *The division into volumes of the public domain.* 3.2. *The conclusion of private-law contracts on public property.* A) MINTRA. B) AENA. 3.3. “Sale and lease-back” operations, sale and lease-back of administrative buildings by the Junta de Andalucía. A) Sociedad de Gestión, Financiación e Inversión Patrimonial, S.A. B) Empresa Pública de Gestión de Activos, S.A. C) Development of the operation. D) Measures adopted by other Autonomous Communities. 3.4. The “project bonds” initiative, an innovative infrastructure financing instrument

## Introducción

El Derecho de las propiedades públicas en España se caracteriza por una profunda influencia de la dogmática clásica, uno de cuyos postulados más asentados es que la mejor garantía para preservar la integridad de los bienes demaniales y garantizar su destino público es sustraerlos al tráfico jurídico-privado<sup>1</sup>, de manera que ni la Administración ni los particulares pueden disponer libremente de los mismos mientras conserven ese carácter demanial.

Como efecto directo de esa concepción, en nuestro entorno jurídico nacional ha sido tradicional el mantenimiento riguroso de los dogmas que configuran el régimen jurídico exorbitante de los bienes demaniales: inembargabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad; establecidos como medidas de protección. La demanialidad pública es un régimen enteramente exorbitante del Derecho común, que rige situaciones muy diversas y comprende elementos y, particularmente, sujeciones cuya aplicación no se muestra indispensable en algunos casos determinados. Mediante la incorporación de los bienes en un régimen jurídico inspirado por un conjunto de reglas que los convierten en totalmente indisponibles, se olvida que su razón de ser es el estar al servicio a la sociedad, esto es, su fin primordial es el servicio esencial a los intereses generales y la satisfacción de los mismos. No hay que pasar por alto que la propia existencia del dominio público está justificada por ser un mecanismo para lograr un superior grado de actividad de los poderes públicos que ha de ser ordenada de forma muy extrema<sup>2</sup> y que éste aparece fundamentalmente ligado al público, a los ciudadanos, a los cuales les ofrece un soporte indispensable para el desarrollo de la vida social.

Frente a la tradicional enunciación hiperbólica del principio de inalienabilidad del dominio público<sup>3</sup>, surge hace ya tiempo la polémica<sup>4</sup> sobre la conveniencia de matizar sus efectos, fundada en que su pretensión esencial no es tanto la garantía de un régimen de apropiación por parte de los poderes públicos como de un régimen de destino. Si el destino demanial al que está afectado el bien no se ve perjudicado, el dogma de la inalienabilidad continúa cumpliendo su objetivo. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 227/1998, de 29 de diciembre, ha precisado que el significado de la institución jurídica del dominio público no es el de una forma específica de la apropiación. Al respecto, señala que la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión a través de unas reglas exorbitantes de las que

---

1. J. LEGUINA VILLA, “El régimen constitucional de la propiedad privada”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, 1994, p. 11.

2. J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, *La titularidad de los bienes del dominio público*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 15.

3. M. CLAVERO ARÉVALO, “La inalienabilidad del dominio público”, *Revista de Administración Pública*, núm. 25, 1958, pp. 11-84.

4. T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, *Revista de Administración Pública*, núm. 150, 1999, p. 57.

son comunes en dicho tráfico *iure privato*. Así, el bien de dominio público es, ante todo, *res extra commercium*.

Efectivamente, el dominio público es una institución que reclama un cambio<sup>5</sup> que sea capaz de modificar su régimen jurídico y replantee la naturaleza y las funciones que cumplen cada uno de los bienes demaniales<sup>6</sup>.

Todas estas razones conducen a que el dogma de la inalienabilidad del dominio público, cuya función y medida precisa es proteger la afectación de los bienes, no se aplique absoluta y estrictamente sin ninguna excepción a todos los casos, sino que sólo lo haga en aquellas ocasiones en que sea necesario. Precisamente, las reivindicaciones que se formulan ahora y ocupan un lugar central en el Derecho de los bienes públicos abogan por la reubicación de la demanialidad y la inalienabilidad en el lugar que les corresponde para que puedan de este modo cumplir su cometido: proteger la afectación de los bienes a las utilidades públicas que tienen encomendadas y que ésta no permanezca inmóvil ante las nuevas necesidades surgidas, sino que, por el contrario, pueda reaccionar ante las debilidades que padece.

El régimen demanial y, particularmente, la inalienabilidad del dominio público están al servicio de dicha afectación y deben proteger la utilidad pública existente en cada caso<sup>7</sup>. Más aún, dado que la afectación es la medida de la inalienabilidad, donde cesan las necesidades de aquélla deben ser limitadas las exigencias de ésta. El papel principal que se confiere a la inalienabilidad es el ser garante de la afectación de los bienes de dominio público. La doctrina francesa<sup>8</sup> ha derivado de ello que la inalienabilidad está garantizada por la afectación de las dependencias demaniales, es decir, no es exigible ni está defendida si no en la medida en que la afectación es necesaria. Se dice, por ello, que el régimen de la afectación es funcional, ya que las reglas demaniales deberían dejar de ser aplicadas cuando la afectación ya no lo requiere.

Asimismo, debe reafirmarse el carácter fundamental y determinante del criterio

---

5. Ya en el año 1964, A. NIETO GARCÍA, afirmaba, en su obra *Los bienes comunales*, Edersa, Madrid, p. 3, que «la teoría del dominio público sería una categoría lógica que la doctrina importaría de Francia y el C.c. adoptaría luego a su modo, para terminar introduciendo una confusión que cada día se agrava más y a la que es urgente poner fin, aunque para ello sea preciso abandonar la teoría del dominio público, cuyos días -no es difícil predecirlo, aunque cause a algunos cierto escándalo- están contados».

6. E. MOREU CARBONELL, “Desmitificación, privatización, y globalización de los bienes públicos: del dominio público a las obligaciones de dominio público”, *Revista de Administración Pública*, núm. 161, 2003, pp. 447 y ss., explica la evolución del Derecho Administrativo en el campo del dominio público y la necesidad de buscar nuevas técnicas y ofrecer soluciones nuevas para problemas nuevos, teniendo en cuenta que en la mayoría de las ocasiones las formas cambian mientras subsisten las necesidades.

7. Y. GAUDEMET, *Code Général de la Propriété de Personnes Publiques commenté*, sous la direction de YOLKA, P., Litec, Paris, 2010, p. 15.

8. Y. GAUDEMET, “El futuro del Derecho de las propiedades públicas”, traducido por J.A. CARRILLO DONAIRE, de la versión original del trabajo, titulada «L’avenir du droit des propriétés publiques», publicada en los *Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, Paris, 1999, pp. 567-577, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 40, 2000, pp. 11 y ss.

de la afectación, en virtud del cual los bienes que pertenecen al dominio público son únicamente aquellos que están afectos a una utilidad pública. No obstante, en cuanto a la finalidad del principio de inalienabilidad, para algunos autores no tiene como función la garantía de afectación de los bienes a los fines públicos, sino que es un principio protector de la pertenencia pública de dichos bienes<sup>9</sup>.

La afectación es igualmente la clave de la división básica de bienes de dominio público, de un lado, y bienes patrimoniales, de otro. De este modo, su alteración ocasiona el cambio de la calificación jurídica y, en consecuencia, de la condición del bien (de dominio público a patrimonial y a la inversa).

## **2. La búsqueda de la rentabilización de los bienes públicos**

### *2.1. El concepto “rentabilización” aplicado al dominio público*

La rentabilización del patrimonio público es la maximización de los beneficios que se pueden obtener de los bienes pertenecientes a las Administraciones públicas y que tiene como finalidad conseguir la mejor satisfacción o la búsqueda de una mejor satisfacción del interés general. En consecuencia, puede observarse como el término, o mejor dicho la corriente de rentabilización implica, evoca inevitablemente una valorización, focalizada en las preocupaciones financieras, pero no sólo eso, sino que debe conllevar también un replanteamiento de las diferentes facetas que ella presenta. Quiere decirse que la valorización no es la única modalidad comprendida en este fenómeno; pues aunque existe indudablemente un carácter económico, también, existe, por ejemplo, una valorización cultural o medioambiental.

Así, puede afirmarse que la valorización de un bien público es, sin duda, la administración y el mantenimiento del mismo al menor coste, incluso su enajenación al mejor precio cuando haya devenido inútil, pero también la adecuación constante al interés general al que éste deba servir. Esta corriente de valorización consiste en buscar en qué medida los bienes demaniales son susceptibles de generar un ingreso, sin poner en peligro la afectación al interés público.

En definitiva, la valorización de los bienes públicos se entiende como una rentabilización al servicio de la utilidad pública y, como puede observarse, significa necesariamente, pero no exclusivamente, una búsqueda de la mejor rentabilidad financiera. El ordenamiento advierte claramente el peligro de confundir liquidez con solvencia y otorgar a los bienes un destino perecedero como la obtención de ingresos para hacer frente a gastos corrientes.

Ciertamente, la propiedad pública se ha convertido en un Derecho de explotación,

---

9. Así, entre otros, H. GAUDEMAR, “L’inaliénabilité du domaine public, une nouvelle lecture”, *Dossier Le patrimoine des personnes publiques*, LamyLine, *Droit et patrimoine*, núm. 179, 2009.

en una realidad económica dejando de ser una categoría de bienes intocables que deben ser protegidos ante todo. Las Administraciones públicas han entendido, en la época actual, que el dominio público es un “tesoro latente” que requiere ser bien gestionado y explotado<sup>10</sup> en beneficio del uso público y de la gestión de los servicios públicos. Puede decirse que han comprendido que se trata de una riqueza colectiva, cuya administración debe asegurar la mejor explotación para el interés general.

La gestión dinámica -y no solamente conservadora- de los patrimonios se impone en la actualidad y los propietarios públicos no escapan a estos nuevos imperativos. El dominio público no es un simple lugar de ejercicio de las libertades públicas, sino que se está convirtiendo progresivamente en un instrumento de optimización y de búsqueda de rentabilidad en beneficio de los servicios públicos<sup>11</sup>. Las Administraciones públicas toman conciencia del valor económico de su patrimonio y de que el dominio público es también una riqueza colectiva cuya administración debe asegurar la mejor explotación para el interés general y no ser reservado únicamente para labores sociales o de beneficencia, mientras los sujetos privados son quienes consiguen todos los beneficios del mercado. Dicho de otro modo, las Administraciones públicas están haciendo uso de su patrimonio cada vez más frecuentemente con fines lucrativos, pero eso sí destinando los rendimientos obtenidos a la consecución de fines públicos.

Este hecho es debido a que, en las sociedades, la economía ocupa un lugar fundamental, por lo que la concepción dominante impone hoy una gestión dinámica -y no solamente conservadora- de los patrimonios públicos. Los propietarios públicos no escapan a estos nuevos imperativos de gestión, sino que deben también adecuarse a ellos.

Dichos imperativos concuerdan perfectamente con los conceptos fundamentales del Derecho privado que se apoyan sobre decisiones tomadas de manera autónoma por sujetos guiados por el interés y el éxito individual, sin otro límite que el libre arbitrio y el respeto a la Ley y a los derechos de los demás. Estas mismas exigencias, en cambio, se convierten en desventajas y dificultades cuando se trata de la explotación y la gestión de patrimonios públicos.

La unión en el Derecho público de la acción pública y la economía revela siempre un carácter un poco enigmático. Ahora bien, el éxito de las operaciones de inversión sobre el dominio público depende de la existencia de un entorno jurídico que ofrezca a los contratistas menos incertidumbre y un reparto equilibrado de los riesgos respetando la preservación del interés público<sup>12</sup>, es decir, un ordenamiento jurídico que elimine los obstáculos que se oponen a la utilización de métodos modernos de rentabilización de los patrimonios

---

10. P.E. SPITZ, «Les nouvelles méthodes de gestion des biens publics: l'exemple de Paris», *Actualité Juridique en Droit Administratif*, núm. 18, 2007, pp. 954 y ss.

11. Y. GAUDEMET, «Libertés publiques et domaine public», publicado en los *Mélanges en l'honneur de Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, Paris, 1998, p. 134.

12. C. PISANI, «Les investisseurs sur le domaine public: le point de vue d'un notaire», *La réforme du droit des propriétés publiques, Petites affiches*, núm. 23, *La Loi*, Paris, 2004, p. 32.

públicos, pero sin olvidar los principios protectores de estos patrimonios y las reglas necesarias para el mantenimiento de su afectación y la conservación de la propiedad.

La justificación del lucro que se intenta alcanzar mediante la gestión y explotación del patrimonio se encuentra en la mejora y en la mayor eficacia en el ejercicio de las funciones públicas y, en consecuencia, de los fines del Estado<sup>13</sup> y del interés general. En ningún momento puede olvidarse que la funcionalidad de los bienes demaniales es la satisfacción del interés general, hasta tal punto que la desafectación sólo puede llevarse a cabo por dejar de destinarse al uso general o al servicio público<sup>14</sup>.

En definitiva, esta tendencia agrupa las operaciones que tienen como objetivo rentabilizar el dominio, sus recursos, y permitir una utilización conforme con las necesidades de nuestro tiempo. Su intención es construir un nuevo régimen de protección del dominio público integrando esta dinámica reciente de valorización de las propiedades públicas<sup>15</sup>, para asegurar el desarrollo económico del dominio público, pero procurando preservar siempre su protección jurídica. Al mismo tiempo se da crédito a la idea de que esta valorización debe potenciarse ya que, mediante las prerrogativas y atributos que asegura a las personas públicas, no contradice la afectación de los bienes demaniales a una utilidad pública. Las nociones de valorización y de afectación no son antagónicas, si bien las Administraciones deben siempre mantener el equilibrio necesario entre una y otra, a pesar de que tradicionalmente se haya privilegiado sistemáticamente la protección del dominio público.

## 2.2. *Los fines perseguidos mediante las operaciones de valorización*

En cuanto a los fines de la valorización de los bienes públicos, no hay que perder de vista que la misma no pretende sólo la maximización de los beneficios que pueden obtenerse, sino la mejor satisfacción del interés general. La obtención de lucro no es la función esencial de estos bienes. La Administración necesita bienes como instrumentos, como soportes físicos para el desempeño y el desenvolvimiento de su actividad; lo que no excluye, sino que comprende, la utilización eficaz de éstos. También la eficacia es una exigencia constitucional y ésta es susceptible de lograrse con rentabilidad económica y social<sup>16</sup>.

---

13. A. MENÉNDEZ REXACH, «Reflexiones sobre el significado actual de los patrimonios públicos», *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, núms. 95-96, 1993, p. 209.

14. J.L. MEILÁN GIL, *Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2011, p. 258.

15. Actas del coloquio «La valorisation économique des propriétés des personnes publiques», organizado por el *Conseil d'État en l'École Nationale d'Administration* (ENA), París, 6 de julio de 2011, publicadas en la dirección: [www.conseil-etat.fr/cde/media/document/colloque](http://www.conseil-etat.fr/cde/media/document/colloque)

16. M.J. GALLARDO CASTILLO, «Aprovechamiento económico y rentabilidad social de los bienes patrimoniales en tiempos de crisis: ¿una cuestión de legalidad o de oportunidad?», *Revista de Estudios Locales*, Cunal, núm. 142, 2011, pp. 36 y ss.



La gestión de los recursos públicos debe estar orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público [art. 8.1 a) y b)]. Éstos son criterios de racionalidad económica y, por tanto, auténticos principios o criterios de limitación de las decisiones financieras que tienen como destinataria a la Administración.

En todo caso, en el desarrollo de la explotación económica del dominio público el interés general debe guiar y proporcionar el marco de integración de las preocupaciones y pretensiones financieras, otorgando así legitimidad a la búsqueda de rentabilidad del dominio público<sup>17</sup>. Puede afirmarse que el interés económico y financiero representa un ensanchamiento de la noción de interés general.

Los objetivos de la valorización son variados. El máximo rendimiento financiero del patrimonio no es la única finalidad que persiguen las Administraciones públicas mediante las operaciones de valorización, sino que ellas, teniendo siempre como guía el interés público, pretenden también cumplir otros propósitos. Realmente es oportuno que tengan en cuenta otros factores y otras metas, además de la optimización financiera a corto plazo, ya que éstos no tienen por qué ser incompatibles. Por ejemplo, puede procurarse la racionalización de los bienes públicos, de manera que no sólo se provoque una disminución de los costes, sino también un aumento de la satisfacción de los beneficiarios de los servicios públicos. Del mismo modo, las Administraciones públicas pueden fijar objetivos a más largo plazo, como el mantenimiento de sus patrimonios<sup>18</sup>, intentando conseguir que también los sujetos privadas participen y colaboren en los costes<sup>19</sup>. La perspectiva puramente policial de las utilidades privadas ha quedado sustituida por otra que asume que los ocupantes del dominio público contribuyen a la óptima explotación del mismo y, por tanto, a la satisfacción del interés general. Esta contribución encuentra como obstáculo la precariedad de los títulos de ocupación, puesto que la falta de estabilidad dificulta que el cálculo de rentabilidad pueda realizarse.

Estos inconvenientes a las ocupaciones privadas deben superarse debido a que el hecho de atraer, mediante el aumento de las garantías, inversores privados a la financiación de las grandes infraestructuras públicas y a la prestación de algunos servicios públicos permite no sólo que los mismos construyan, presten, gestionen y exploten algunas obras o servicios públicos sin computar como gasto público, sino que además los particulares pueden estar más preparados para hacer

---

17. A. LAGET ANNAMAYER, «Occupation du domaine public et intérêt général. D'un pouvoir de gestion étendu des autorités domaniales à une liberté d'action encadrée», *Actualité Juridique en Droit Administratif*, núm. 23, 2003, pp. 1201 y ss.

18. A. LAGET ANNAMAYER, «Occupation du domaine public et intérêt général...», op. cit., p. 1203, aclara los distintos significados que pueden tener los intereses financieros: búsqueda de obtención de beneficios económicos, ventajas financieras, finalidades lucrativas o pretensión de mejor rentabilidad para los servicios públicos o financiación óptima para los equipamientos públicos.

19. P.E. SPITZ, «Les nouvelles méthodes de gestion des biens publics...», op. cit., pp. 954 y ss.

ver a la Administración cuáles son las necesidades que demanda la sociedad. De esta manera, se puede superar la concepción del dominio público como la aportación o la huella en el ámbito del Derecho público de bienes de un momento de la evolución del Estado contemporáneo caracterizado por su separación de la sociedad, en el que lo público se aísla dentro de unas fronteras más o menos nítidas, al margen de las transformaciones de la actividad económica y social<sup>20</sup>.

Por ello, puede observarse que aunque la valorización tiene una clara pretensión económica (financiar las personas públicas sus propias necesidades y optimizar los beneficios que se pueden conseguir como resultado de la explotación de sus bienes), están presentes otros objetivos de mejora, conservación y reestructuración de los servicios públicos que no deben ser olvidados.

Cuando estamos ante una Administración pública, valorizar no puede significar sólo obtener el máximo beneficio de su patrimonio, sino que también debe suponer explotar, mantener y gestionar sus bienes para poder generar así ingresos adicionales<sup>21</sup> que mejoren los servicios públicos.

Asimismo, la valorización pretende actualizar el Derecho de las propiedades públicas, como consecuencia del actual exceso del régimen de demanialidad pública, que recubre a muchas de las propiedades públicas, combinada con una interpretación inútilmente exigente de este régimen, que elimina muchos intentos de explotación.

### 3. Las concretas herramientas empleadas para la rentabilización

Como se ha afirmado, para los sujetos privados, el objetivo principal de las actividades que realizan es su interés personal y el beneficio particular, mientras que para los sujetos públicos es la búsqueda de la maximización del bienestar social. De esta manera, los particulares sólo centran sus objetivos en la búsqueda del beneficio privado o individual; a diferencia de los públicos, que pretenden conseguir la mejor satisfacción del interés general, con la finalidad de mejorar también el bienestar social. Por este motivo, cuando existe propiedad pública, la finalidad perseguida tiene que tener en cuenta dos consideraciones: principalmente, la utilidad que la sociedad recibe del consumo o disposición del bien, pero asimismo los beneficios financieros que la actividad en cuestión genera en la sociedad<sup>22</sup>.

Con el fin de conseguir sus propósitos, la corriente de valorización pretende

---

20. J.I. MORILLO-VELARDE PÉREZ, «Las transformaciones del Derecho público de bienes: del dominio a las cosas públicas», G. DE REINA TARTIÈRE, (dir.), *Dominio público. Naturaleza y régimen de los bienes públicos*, Heliasta, Buenos Aires, 2009, p. 125.

21. J.D. DREYFUS, en su trabajo «La valorisation par l'Etat de son patrimoine immatériel», *Actualité Juridique en Droit Administratif*, núm. 13, 2009, pp. 969 y ss.

22. G. BEL I QUERALT y A. ESTRUCH MANJÓN, «Liberalización, privatización, desregulación», A. RUIZ OJEDA (dir.), *Fundamentos de regulación y competencia (diálogo entre Derecho y Economía para el análisis de las políticas públicas)*, Iustel, Madrid, 2013, p. 183.

adoptar diversas medidas, que comprenden, en primer lugar, la redefinición del dominio público, con la necesaria limitación del mismo, así como del principio de inalienabilidad, aplicándolo a los bienes que estrictamente necesitan de esta nota para la continuación de una actividad de servicio público o para el cumplimiento de alguna finalidad pública.

Debería sustituirse el dualismo dominio público-dominio privado, el cual es reductor de la realidad, para pasar, ciertamente, a hablar de regímenes de demanialidad pública y de regímenes de propiedad privada, cada uno justificado y construido en función de las exigencias de la utilidad pública del bien al cual se aplique. Estos regímenes de afectación pueden incluso sucederse en el tiempo en un mismo bien.

Asimismo, ha de otorgarse la importancia correspondiente a las nuevas formas contractuales, tales como el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, las cuales aceleran el proceso de modernización de las infraestructuras públicas y fomentan la inversión del sector privado en nuestro país.

Las herramientas empleadas para el fin de valorización o rentabilización del dominio público son variadas. Por este motivo, cada una de ellas será analizada separadamente para saber cómo ayudan a la mejor explotación y al aumento de ingresos. Concretamente, prestaremos atención a las tasas devengadas por la utilización del dominio público; las cesiones gratuitas; la división en volúmenes del dominio público que seguidamente explicaremos; y la utilización de fórmulas contractuales novedosas, que rompen la ecuación tradicional entre obra pública y dominio público.

### *3.1. La división en volúmenes del dominio público*

El Derecho urbanístico, con el propósito de conseguir más flexibilidad y eficacia consintió algunas fórmulas<sup>23</sup>, tales como la división en volúmenes de la propiedad pública, la cual permite la aplicación o sujeción, de cada uno de los volúmenes que componen una parcela, a regímenes jurídicos diferentes. Nos situamos así ante otro de los instrumentos existentes en la actualidad, que favorece la valorización del dominio público.

Por ello, conviene analizar brevemente su régimen jurídico ya que tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en el de los países de nuestro entorno supone una forma de rentabilizar el dominio público sin dañar la afectación.

La división en volúmenes de la propiedad demanial o la segregación vertical de parcelas es la estratificación de la propiedad que implica la creación de fincas separadas y autónomas mediante la división de las mismas: una primera,

---

23. Puede observarse que, a pesar de la existencia de dicha finalidad de flexibilización, se ha dado entrada a escasas fórmulas.

la superficiaria, de dominio público, y otra segunda, el subsuelo, que, tras su desafectación, se convierte en bien patrimonial. Sobre y debajo de la superficie se configuran objetos de derecho diferentes, susceptibles de titularidad diferenciada.

La cesión del derecho de propiedad de terrenos ubicados en el vuelo o subsuelo origina la estratificación o división en volúmenes plena de la propiedad pública, esto es, la independencia total del subsuelo y del vuelo respecto de la finca de la que forman parte los anteriores.

En esta propiedad espacial, entendida como la que, en la proyección vertical de un terreno hace referencia a un volumen determinado situado por encima o por debajo de la superficie plana, es donde se produce una clara disociación jurídica<sup>24</sup>. Estamos ante una operación compleja sobre un plano técnico y organizativo a la que se puede acudir cuando existan razones de hecho o de Derecho, que así lo justifiquen; por ejemplo, una razón de Derecho podría darse cuando una parte de una determinada construcción debe ser incluida en el dominio público o cuando sea necesaria efectuar la división por razones específicas del destino, como el carácter particular de la explotación. En definitiva, los distintos niveles de la afectación y la utilización de distintas partes de un bien pueden justificar la división en volúmenes.

Como hemos advertido en otro lugar<sup>25</sup>, todo ello trae causa de la necesidad creciente de infraestructuras que demanda la sociedad, el incremento de espacios públicos, y la consiguiente presión sobre la ordenación del suelo y el subsuelo urbano<sup>26</sup>, que han originado fenómenos de división en volúmenes de la propiedad pública; en un intento por favorecer fórmulas novedosas de financiación y de gestión privada de obras públicas y de técnicas jurídicas que superen las dificultades ocasionadas por los instrumentos del dominio público, pero teniendo cuidado de no menoscabar los requerimientos del uso y del servicio público<sup>27</sup>.

El subsuelo urbano<sup>28</sup>, que puede aprovecharse mejor gracias a los grandes progresos de la técnica, es capaz de ser utilizado para muy variados usos y

---

24. N. PÉREZ CÁNOVAS, «La disociación jurídica del dominio y el pluridominio», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 672, 2002, p. 1261, «Pero donde la disociación jurídica se observa de una manera más exacta y singular es en la llamada «propiedad espacial», entendida como la que, en la proyección vertical de un terreno, hace referencia a un VOLUMEN determinado, situado por encima o por debajo de la superficie plana, es decir, como una parte del espacio en su acepción concreta de un contenido vacío pero delimitado geoméricamente y ubicado por sus coordenadas exactas en el espacio íntegro, que ser: el «continente», es decir, el espacio en su acepción general que es el que envuelve todas las cosas».

25. M.Á. FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, «La división de la propiedad pública en el ámbito urbanístico», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 78, 2010, pp. 157 y ss.

26. Como bien indica J.P. LÓPEZ PULIDO, en su trabajo «La ordenación del subsuelo urbano», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 278, 1998, p. 59. Igualmente, L.M. LÓPEZ FERNÁNDEZ, «El subsuelo urbano en relación con el planeamiento urbanístico y con los artículos 348 y 350 del Código civil», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, p. 163.

27. En este sentido, A.J. ARNAU ESTELLER, *Los aparcamientos en el subsuelo municipal urbano*, Iustel, Madrid, 2007, p. 125.

28. J.P. LÓPEZ PULIDO, «La ordenación del subsuelo urbano»..., *op. cit.*, p. 67.

solucionar así muchos problemas urbanos, concentrados en la superficie<sup>29</sup>. Es cierto que, si bien inicialmente no se le había prestado particular atención, había ya un reconocimiento expreso del mismo como espacio susceptible de aprovechamiento para diferentes utilizaciones<sup>30</sup>.

Realmente, cada vez con más frecuencia y no sólo por cuestiones demográficas, sino también por las derivadas de nuestro tejido industrial, las ciudades intentan ampliar las posibilidades de crecimiento urbano, debido a la falta y al encarecimiento de los terrenos<sup>31</sup>.

Ampliando las posibilidades de utilización privativa del demanio, aparece el Derecho urbanístico. El Urbanismo comporta un cambio en el sistema jurídico tradicional que restringía el régimen de uso privativo del subsuelo bajo suelo de dominio público a la figura jurídico-administrativa de la concesión<sup>32</sup>, ya que ahora se puede optar entre regímenes diferentes y figuras jurídicas diferentes<sup>33</sup>.

Estas nuevas posibilidades que ofrece el Urbanismo se fundamentan en la teoría de la desvinculación de la naturaleza jurídica del subsuelo, respecto de la del suelo, en virtud de la cual si se produce la desmembración del subsuelo, mediante la técnica jurídica oportuna, entonces surgirá la propiedad dividida y, en consecuencia, la naturaleza jurídica del subsuelo podrá ser distinta a la de la superficie. Ello no quiere decir que no exista ninguna vinculación, pues el contenido del plan que regula el subsuelo, debe hacer compatible los usos allí previstos con los recogidos para la superficie y podrá ser en todo caso controlado por la jurisdicción contencioso-administrativa, de acuerdo con las reglas de control de la discrecionalidad de todos conocidas: control de los hechos determinantes, los principios de proporcionalidad, racionalidad e interdicción

---

29. Sobre el tema, véase J.M. ALEGRE ÁVILA, *Subsuelo: hecho y derecho. Planteamiento tradicional, estudio jurisprudencial y reconstrucción técnica del régimen jurídico del subsuelo*, Thomson. Aranzadi, Ávila, 2008. Asimismo, B. NOGUERA DE LA MUELA, "El subsuelo. Tramos urbanos y estaciones", M.J. MONTORO CHINER (coord.), *Las infraestructuras ferroviarias del III milenio*, Cedecs, Barcelona, 1999, pp. 201 y ss.

30. J.M. ALEGRE ÁVILA, "El subsuelo", CANO CAMPOS, T. (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo, Tomo IV. Ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente*, Iustel, Madrid, 2009, p. 198.

31. B. NOGUERA DE LA MUELA, voz "Subsuelo", GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (coord.), *Diccionario de obras públicas y bienes públicos*, Iustel, Madrid, 2007, p. 704.

32. L. PAREJO ALFONSO, "El marco constitucional y estatutario del urbanismo", en la obra colectiva *Urbanismo y Comunidades Autónomas*, Jornadas sobre Legislación Urbanística de las Comunidades Autónomas, Generalitat de Catalunya, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 1990, pp. 21 y ss., propone también la utilización de otras fórmulas de gestión de los aparcamientos subterráneos, como podría ser el aprovechamiento comunal por los usuarios-vecinos, que constituirían comunidad y pagarían una contraprestación mediante cuotas. Los aprovechamientos comunales son un derecho real administrativo de goce. La propiedad pertenece al municipio y los derechos de disfrute y aprovechamiento a los vecinos, ostentando unos y otros una titularidad compartida. La Administración local puede regular y planificar la ordenación y aprovechamiento de sus bienes [art. 23.1 b) del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local].

33. M.E. GIRONÉS CEBRIÁN, *Los aparcamientos municipales. Nuevo régimen jurídico*, Bayer Hnos. S.A., Barcelona, 2004, pp. 108-109.

de la arbitrariedad, así como la diversa legislación sectorial con incidencia en el subsuelo que actúa a modo de norma de aplicación directa que se impone al plan.

En este sentido y avanzando en las modalidades de ocupación, el Urbanismo permitió la segregación vertical de parcelas mediante el derecho de superficie, que aporta numerosas ventajas.

El derecho de superficie que recae sobre una finca ajena o parte de ella origina facultades de uso, goce y disfrute con la extensión e intensidad del propietario. Este derecho real atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. En realidad tanto la transmisión del uso en régimen de derecho de superficie como mediante la concesión administrativa generan una titularidad temporal y sujeta a reversión; sin embargo, la concesión demanial no constituye un derecho real civil ni engendra régimen de división de la propiedad. Así, las diferencias permiten ver que con la constitución del derecho de superficie, el aprovechamiento de esos bienes demaniales por parte de los particulares se asemeja más al de los bienes privados. Al utilizar esta institución, la Administración pública no ejerce una vigilancia directa, sino que sólo impone condiciones que aseguren la reversión de la edificación. También la concesión administrativa genera una titularidad temporal sujeta a reversión. Sin embargo, la concesión no constituye un derecho real civil ni engendra régimen de división de la propiedad. Así, las diferencias permiten ver que con la constitución del derecho de superficie, el aprovechamiento de esos bienes demaniales por parte de los particulares se asemeja más al de los bienes privados.

En este orden de consideraciones, puede afirmarse que el derecho de superficie permite, de manera temporal, la cesión del dominio útil de parcelas ubicadas en el vuelo o en el subsuelo. En este sentido, el Real Decreto-Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (arts. 53 y 54) ha establecido la naturaleza temporal del derecho de superficie (su duración máxima es de noventa y nueve años), por lo que, finalizado el plazo, se reconsolidada la propiedad, revirtiendo las obras y el dominio útil a favor del nudo propietario. La posible “cesión del dominio útil” que concede este derecho de superficie; cesión que puede ser más amplia cuando se transmite el “dominio pleno” de terrenos ubicados en el vuelo o subsuelo de bienes de dominio público, se diferencia de esta última precisamente porque aquella tiene naturaleza temporal y además porque permite la correspondiente reversión cuando finaliza su plazo.

### *3.2. La celebración de contratos de Derecho privado sobre bienes demaniales*

Dos claro ejemplos de intentos de valorización, en los que se admite la celebración de contratos de Derecho privado sobre bienes de dominio público o incluso se desafectan y privatizan bienes lo constituyen, respectivamente, el Ente de Derecho público MINTRA y la Sociedad Anónima AENA.

## A) MINTRA

La Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid 22/1999, de 21 de diciembre, de Creación del Ente de Derecho Público MINTRA (en adelante Madrid Infraestructuras del Transporte) creó la Entidad MINTRA. De acuerdo con la Ley de la Comunidad de Madrid 1/1984, de 19 de enero, reguladora de su Administración institucional, dentro de la categoría genérica de empresas públicas, se prevé la posibilidad de constituir en la Comunidad Autónoma Entes públicos que someten su actividad al Derecho privado y sociedades mercantiles públicas, y MINTRA se enmarca dentro de las primeras.

Este Ente -como el art. 2 de la citada Ley establecía- tenía la finalidad de ejecutar las infraestructuras del transporte colectivo en la Comunidad Autónoma de Madrid, debiendo asimismo gestionar y mantener dichas infraestructuras con criterios de eficiencia y productividad. Todo ello tenía por objeto *«servir con mayor eficacia los objetivos sociales propios de una política general de transporte encaminada a la consecución de un modelo integrado potenciador del transporte público colectivo»*.

Sus fines específicos, enumerados en el art. 3, consistían, por un lado, en ejecutar las infraestructuras de transporte en la Comunidad de Madrid, y, por otro, en ocuparse del mantenimiento y de la gestión de las referidas infraestructuras.

La ejecución de infraestructuras incluía el diseño y proyecto de las mismas, la adquisición de terrenos y demás bienes necesarios para su construcción, la contratación de las obras de construcción y de los suministros y servicios, la supervisión de los correspondientes proyectos y la dirección de obras, así como cualesquiera otras actuaciones que sean necesarias o convenientes para la ejecución de las infraestructuras del transporte en la Comunidad de Madrid.

Para el cumplimiento de la función de mantenimiento y gestión de las referidas infraestructuras como pueden ser, por ejemplo, las del Metro, se reconocía al Ente público la facultad de ceder la utilización de las mismas a favor de las empresas o entidades a las que correspondiera en cada momento la explotación de los servicios, de acuerdo con las competencias atribuidas al Consorcio Regional de Transportes Públicos, mediante arrendamiento o cualquier otra figura de Derecho privado apta para instrumentar dicha cesión de utilización. Así pues, se permitía que el Ente público cediera, a través de una figura de Derecho privado, la utilización de sus infraestructuras de transporte colectivo, no a cualquier persona o entidad, sino a aquella que en cada momento tuviera encomendada la gestión del servicio de transporte, con lo cual quedaba garantizada -según la norma- la afectación de esas infraestructuras al servicio público. Concretamente, el art. 3.2 b) de la Ley 22/1999 establecía que la función de mantenimiento y gestión de las infraestructuras ejecutadas por MINTRA podía incluir: *«La cesión de la utilización de las infraestructuras a favor de las empresas o entidades a las que corresponda en cada momento la explotación de los servicios, de acuerdo con las competencias atribuidas al Consorcio Regional de Transportes Públicos Regulares de Madrid por su ley de creación mediante arrendamiento*



*o cualquier otra figura de derecho privado apta para instrumentar dicha cesión de utilización. Las mencionadas empresas o entidades deberán abonar a MINTRA la oportuna contraprestación económica, cuyo importe, términos de pago y demás condiciones se fijarán de manera que MINTRA pueda, teniendo en cuenta los restantes ingresos propios de su actividad, cubrir sus costes de construcción, funcionamiento financiero o de servicio de la deuda y demás costes de producción. En el supuesto de que le sean atribuidas a MINTRA infraestructuras preexistentes o le sea encomendado su mantenimiento o gestión en virtud de lo dispuesto en el artículo 4, la contraprestación a percibir por la cesión de su utilización se fijará teniendo en cuenta el valor contable de dichas infraestructuras, o en su defecto el valor de construcción de las mismas, actualizados, en su caso, en su coste financiero».*

La posibilidad de celebrar dichos negocios jurídicos privados sobre el dominio público no deja de llamar la atención, ya que no se contemplaron las concesiones de dominio público como figuras para ceder el uso de las infraestructuras, sino contratos de arrendamiento.

A pesar del cuestionable intento de flexibilización del dominio público, no se alcanzaron los resultados deseados. Para llevar a cabo sus fines, MINTRA se endeudó en el mercado de capitales solicitando créditos, tanto a la banca institucional (Banco Europeo de Inversiones), como a la comercial.

Finalmente, el 5 de agosto de 2011 la Entidad fue extinguida por la Ley de la Comunidad de Madrid 4/2011, de 28 de julio, de extinción de MINTRA. La decisión de ponerle fin vino motivada por los acuerdos adoptados en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera sobre sostenibilidad de las finanzas públicas para el período 2010-2013, en los cuales se instaba a la racionalización de las estructuras del sector público.

Junto a ello, jugó un papel fundamental el hecho de que la Oficina Estadística de la Unión Europea, Eurostat, reconsiderara su decisión inicial y estimara que MINTRA no podía ser considerada «Unidad Institucional pública de mercado», sino que se trataba de una Entidad perteneciente al sector de Administraciones.

Para comprender esto, debe saberse que el concepto Unidad Institucional es el que utiliza el Reglamento (CEE) 2223/96, sobre el Sistema de Cuentas Nacionales y Regionales (SEC-95) para configurar un centro de imputación contable independiente. Si un ente o sociedad tiene las características de Unidad Institucional, debe hacerse una contabilización autónoma de su balance y, en consecuencia, valorar independientemente su sectorización. En cambio, si no los es, ha de clasificarse en el sector institucional al que pertenece la unidad que lo controla.

El Manual del SEC-95 explica que un productor o unidad se considera Unidad Institucional cuando goza de autonomía de decisión en el ejercicio de su función principal y bien dispone de un conjunto completo de cuentas, o bien podría elaborarlo y resultaría pertinente, tanto económica como jurídicamente, si así se requiriera. Por tanto, son cuatro los elementos que representan la autonomía



del Ente por comparación a la Administración matriz, algo que siempre ha de ser motivado en la práctica. Eurostat exige que el Ente instrumental tenga capacidad de disposición sobre los bienes o activos que forman parte de su patrimonio propio. En segundo lugar, que pueda tomar decisiones económicas sobre la vida de la empresa de las que ha de resultar directamente responsable. En tercer lugar que tenga capacidad para contraer deudas y de aceptar obligaciones o compromisos futuros, de los que resulta responsable, aspecto este último que suele ser objeto de inspección profunda. Finalmente, que disponga de documentos contables que contengan los datos completos de las operaciones económicas y financieras, lo que, además, se ha de acompañar de un balance de activos y pasivos, todo lo cual sirve para demostrar que tiene una vida económica independiente de la Administración matriz.

Para evitar cualquier problema con las personas interpuestas, nos encontraremos ante una Unidad Institucional Pública siempre que esté controlada y financiada principalmente por una Administración pública.

Por ello, si el Ente público quiere desconsolidar el resultado de la actividad de una Entidad instrumental ha de poder configurarla como una Unidad Institucional pública de mercado, para lo cual los Entes públicos intentan configurar las relaciones jurídicas en esta dirección para llevarlos a una situación de mercado, aunque su verosimilitud sea, en muchas ocasiones, complicada de aceptar<sup>34</sup>.

El criterio para saber si esa Unidad orienta o no su producción al mercado depende de que los ingresos por ventas cubran al menos el 50 por ciento de sus gastos de explotación. No se consideran ventas los ingresos que se perciben de la Administración pública que encarga la construcción de la infraestructura, por lo que la actividad de estas sociedades era hasta ahora subvencionada.

El nuevo SEC-2010 reitera estas pautas, reforzando el criterio de control público de una Entidad. Particularmente, respecto a la aplicación de la norma del 50 por ciento para la prueba de mercado o no de mercado, considera como coste de producción la carga financiera neta por intereses de las unidades institucionales, lo que supone un incremento del denominador de la ratio.

Inicialmente, en base al modelo teórico que todavía no se había puesto en marcha se consideró que MINTRA sí merecía la calificación de Unidad Institucional pública de mercado y que su deuda no debía ser contabilizada como deuda del Estado español, ni incrementar su déficit. Sin embargo, cuando el Ente comenzó a funcionar, se dictó una nueva resolución de oficio, a la vista de la cual se determinaba que el endeudamiento sí debía consolidarse con el del Estado porque MINTRA no era una Unidad Institucional pública de mercado.

Los motivos por los cuales Eurostat tomó esta decisión fueron los siguientes:

---

34. J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 66.

- 1) La mayor parte de los ingresos recibidos eran obtenidos en el contexto del acuerdo de arrendamiento con Metro de Madrid, S.A.
- 2) Sus ingresos se fijaban por adelantado y no se correspondían con parámetros objetivos relacionados con el uso de las infraestructuras por Metro de Madrid, S.A.
- 3) El incremento de costes de explotación de Metro de Madrid, S.A. no se había reflejado en un incremento de las ventas por billetes, sino en un aumento de las subvenciones pagadas por el Consorcio Regional.
- 4) La capacidad contractual (de negociación de contratos) de MINTRA era muy limitada. Metro de Madrid, S.A. era prácticamente el único cliente.

Por ello, la deuda que ascendía a 3.000 millones de euros, debía computarse en el sector de Administraciones, lo que suponía para la Comunidad de Madrid incrementar su nivel de endeudamiento de forma muy considerable, planteando dificultades para mantener su nivel de déficit público por debajo de los requerimientos exigidos<sup>35</sup>.

## B) AENA

En este contexto merece ser citado también el Real Decreto-Ley 13/2010 de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, pues en él -junto a otras medidas- se aborda la modernización y liberalización de los sectores aeroportuario y de loterías, para fomentar la eficiencia, a través de la apertura de la posibilidad de privatización parcial e involucración de las sociedades cuya creación prevé la norma.

Aparece así la privatización como un intento de corrección de los desequilibrios del déficit público, aunque en realidad sólo provoca una mejora de la liquidez, que ocasiona la desaparición del dominio público. Por ello, no podemos considerarla estrictamente un instrumento de rentabilización de los bienes demaniales. Sin embargo, este caso no deja de ser interesante porque introduce previsiones que contradicen los principios básicos configuradores del régimen demanial.

Tradicionalmente, el sistema aeroportuario español se había caracterizado por su naturaleza pública y su gestión monopolística, que desde el año 1991 había correspondido a la Entidad pública empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (en adelante AENA), dependiente de la Administración General del Estado. Los aeropuertos integrados en AENA carecían así de autonomía de gestión e incluso de personalidad jurídica propia. Eran bienes de

---

35. J. MARTÍNEZ CALVO, "Hacia la construcción de un Derecho Administrativo financiero. Crónica del caso MINTRA", *Revista de Administración Pública*, núm. 167, 2005, p. 371.

dominio público, en cuanto que bienes de titularidad del Estado destinados a un servicio público.

Esa regulación del sistema aeroportuario español fue objeto de una profunda transformación por el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, que separó definitivamente en nuestro país las actividades de navegación aérea y de gestión aeroportuaria, de forma que AENA seguiría ostentando las facultades en materia de navegación aérea, pero sería ahora AENA Aeropuertos, S.A. quien habría de ejercer las actividades propias de la actividad aeroportuaria. La Entidad pública empresarial AENA pasó a ser accionista único de AENA, S.A. y continuó ejerciendo las funciones relacionadas con la navegación aérea. Su cometido principal es desarrollar *«las funciones y obligaciones que actualmente ejerce la Entidad pública empresarial AENA en materia de gestión y explotación de los servicios aeroportuarios, así como cualesquiera otras que la normativa nacional o internacional atribuya a los gestores aeroportuarios, en relación a la red de aeropuertos integrada por los aeropuertos y helipuertos gestionados por AENA en el momento de la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley»*.

De esta manera, se daba cumplimiento a la regla que establece el Derecho europeo en todos los servicios y actividades de contenido económico con la que se trata de evitar la injustificada posición de ventaja en que se encontrarían las empresas que dispusieran de facultades reguladoras y de autoridad.

Todos los bienes de dominio público se integraban así en el patrimonio de AENA Aeropuertos, S.A., independientemente de que ésta pudiese posteriormente gestionar los aeropuertos a través de concesiones o sociedades filiales. Esta configuración de bienes es muy relevante porque el art. 30.3 de la LPAP establece que los bienes patrimoniales materialmente afectos, entre los que se contemplan expresamente valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, no podrán ser embargados. En efecto, no cabe duda de que AENA Aeropuertos, S.A. es una sociedad estatal a través de la cual se ejecuta la política aeroportuaria del Estado y que presta un servicio económico de interés general, por lo que los títulos representativos de su capital son inembargables. Las consecuencias de ello son ciertamente trascendentes, puesto que los acreedores ven, de esta manera, reducidas sus garantías.

En cambio, no sucede así con sus bienes, que ya no forman parte del patrimonio del Estado. El art. 166.3 de la LPAP reitera que forman parte del patrimonio empresarial de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos las acciones, títulos, valores, obligaciones y obligaciones convertibles en acciones de sociedades mercantiles. Sin embargo, los bienes de las sociedades mercantiles estatales, como el patrimonio aeroportuario carecen de una declaración semejante que les atribuya una categoría de bienes que ostenten un régimen intenso como los bienes demaniales o patrimoniales.

La Exposición de Motivos del referido Real Decreto-Ley indica que para abordar la pretendida reforma, esto es, incrementar los niveles de eficiencia y eficacia,

rentabilizar las inversiones realizadas y conseguir el máximo aprovechamiento de las infraestructuras, se debe dar entrada al capital privado, manteniendo en todo caso el carácter estatal. Por ello, se previó la creación de una Sociedad Estatal que asuma la gestión de los aeropuertos que correspondía a AENA, dotándola de una estructura mercantil. Esta sociedad se constituyó el 31 de mayo de 2011 y se hizo cargo de la gestión y explotación de la red de aeropuertos.

Específicamente, el Capítulo I del Título II que lleva por rúbrica «Modernización del sistema aeroportuario» del Real Decreto-Ley 13/2010 contiene los principios que cambiaron el modelo de gestión aeroportuaria y de navegación aérea. Del mismo, merecen destacarse los arts. 8 a 10, cuyos aspectos más significativos destacamos a continuación.

El art. 8 del Real Decreto-Ley se ocupa del régimen jurídico de AENA Aeropuertos, S.A., señalando que se regirá por lo dispuesto en la legislación mercantil (como corresponde a su carácter de sociedad estatal) con las siguientes especialidades: aplicará el mismo régimen de contratación previsto para la Entidad pública empresarial AENA; tendrá la condición de beneficiaria de las expropiaciones vinculadas con las infraestructuras aeroportuarias atribuidas a su gestión; las obras de nueva construcción, reparación y conservación no están sometidos a licencia ni a otros actos de control preventivo municipal; se subrogará en todos los contratos laborales suscritos por la Entidad pública empresarial AENA con respecto al personal dedicado de manera principal a las actividades aeroportuarias que se atribuyan en el momento en que comience a ejercer de manera efectiva sus funciones y obligaciones.

Seguidamente, el art. 9 prevé que todos los bienes de dominio público estatal adscritos a la Entidad pública empresarial AENA que no estén afectos a los servicios de navegación aérea, incluidos los destinados a los servicios de tránsito aéreo de aeródromo, por ejemplo, las torres de control, dejarán de tener naturaleza de bienes de dominio público, sin que por ello se entienda alterado el fin expropiatorio, por lo que no procederá su reversión. Una vez llevadas a cabo las actuaciones necesarias para proceder al cambio de naturaleza de los bienes demaniales de conformidad con la indicada previsión, tales bienes quedarán integrados en el patrimonio de AENA Aeropuertos, S.A. Esto plantea verdaderamente una cuestión de gran interés. Si los bienes fueron adquiridos por expropiación forzosa, no se entiende alterada la finalidad o utilidad pública, a pesar de la desafectación, por lo que no cabrá exigir su reversión.

El art. 10 precisa que corresponde a AENA Aeropuertos, S.A. la explotación de todos los aeropuertos y helipuertos integrados en la red atribuida a su gestión, sin perjuicio de que pueda llevar a cabo la explotación de cualesquiera de ellos mediante un contrato de concesión de servicios aeroportuarios, en el que el concesionario asuma la gestión del aeropuerto a su propio riesgo y ventura, y la creación de sociedades filiales, a las que se les aplicará el mismo régimen jurídico previsto para la sociedad AENA Aeropuertos, S.A. en el art. 8 adaptado a su respectivo ámbito de gestión. Dichas sociedades ostentarán los derechos y asumirán las obligaciones propias del beneficiario en las expropiaciones

vinculadas con las infraestructuras aeroportuarias atribuidas a su gestión.

En cuanto a los ingresos de los gestores aeroportuarios, debe indicarse que el Real Decreto-Ley 13/2010 remite su regulación a la normativa de transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2009/12/CE; que fue realizada en 2011 mediante la introducción del Título VI en la Ley 21/2003 y la aprobación del Real Decreto-Ley 11/2011, de 26 de agosto, por el que se crea la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria, se regula su composición y funciones, y se modifica el régimen jurídico del personal laboral de AENA. A este organismo regulador le corresponde la supervisión de tarifas aeroportuarias, fijando las modificaciones o actualizaciones tarifarias que procedan o, en su caso, los criterios que habrá de seguir el gestor aeroportuario para que las actualizaciones o modificaciones de dichas tarifas respondan a los principios y criterios establecidos legalmente.

La previsión más relevante del Real Decreto-Ley 13/2010, es el establecimiento de la posibilidad de que AENA enajenara hasta el 49 por ciento de las acciones de esa sociedad, a pesar de que el capital social de AENA Aeropuertos, S.A. correspondiera a AENA<sup>36</sup>.

El Consejo de Ministros, por Acuerdo de 15 de julio de 2011, autorizó esa venta por AENA de hasta un máximo del 49 por ciento del capital social de AENA Aeropuertos, S.A., si bien quedaban por determinar datos importantes como el momento de la enajenación, si se realizaría a través de una o varias operaciones, el porcentaje definitivo del capital social de AENA que quedaría en manos privadas y si la venta se haría mediante salida en bolsa o sin ella. Hubo que esperar bastante tiempo para que se concretara definitivamente la operación.

El Consejo Consultivo de Privatizaciones, con fecha 26 de junio de 2014, informó favorablemente el proceso.

El 4 de julio de 2014 el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, con la intención de posibilitar las condiciones que aseguren que la red de aeropuertos de interés general cumpla su cometido como servicio de interés económico general, ante la entrada al capital privado en AENA, S.A. La adopción de este régimen se considera necesaria *«para reforzar la eficiencia económica y la eficacia en la gestión de la red de aeropuertos de interés general, en orden a potenciar la actividad de transporte aéreo, principal beneficiaria, aún sin desconocer el impacto positivo que supondrá la mayor eficiencia en la gestión aeroportuaria en otros segmentos de la aviación como son la aviación general y deportiva»*.

En él se incluyeron diferentes medidas sobre el marco regulador de los

---

36. N. GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ y A. ARAUJO BARCELÓ, “La entrada de capital privado en AENA Aeropuertos, S.A.: ¿operación patrimonial o establecimiento de una colaboración público-privada?”, M.A. RECUERDA GIRELA (coord.), *Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo, Anuario 2014*, Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 536-538.

aeropuertos y que fue convalidado como Ley 18/2014, de 15 de octubre. Este Real Decreto-Ley modificó la denominación de la Entidad pública empresarial AENA por la de ENAIRE y la de AENA Aeropuertos, S.A. por AENA, S.A.

Asimismo, se estableció dentro de ENAIRE una Comisión para la dirección del proceso de enajenación de acciones de AENA, S.A. con competencias ejecutivas, en la que están representados los Ministerios de Hacienda y Administraciones Públicas, y Economía y Competitividad, así como la Oficina Económica del Presidente del Gobierno, presidida por el Presidente de ENAIRE.

Esta Comisión se constituyó el 8 de julio de 2014 y procedió a fijar las bases del proceso que fueron sometidas a la consideración del Consejo de Ministros, órgano que en su reunión del 11 de julio de 2014 aprobó un Acuerdo por el cual se autorizaba a «*ENAIRE a iniciar los trámites para el proceso de venta del capital social de AENA, S.A., que venta se someterá al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 28 de junio de 1996, por el que se aprueban las Bases del Plan de Modernización del Sector Público Empresarial y que podrá constar de dos fases:*

1. Una fase de concurso para la selección, en su caso, de un núcleo estable de accionistas que podrán adquirir conjuntamente una participación en AENA, S.A. de hasta el 21 por ciento de su capital social; y
2. Una fase de Oferta Pública de Venta -en adelante OPV- de un número de acciones que, junto a las acciones que se hubieran enajenado, en su caso, en la fase de concurso, determinen conjuntamente la venta de acciones hasta un 49 por ciento del mismo capital».

Debe señalarse que a pesar de ser un procedimiento frecuentemente utilizado, la LPAP no contiene referencias a él. Esto no quiere decir que el mismo se prohíba, ya que el art. 175.4 permite que el órgano competente para la autorización de la enajenación determine el procedimiento que, normalmente, se realizará por concurso o por subasta. La expresión normalmente otorga al órgano competente la posibilidad de elegir el proceso de venta y la OPV puede ser el mecanismo idóneo.

En cualquier caso resulta relevante recordar que cuando se trate de acciones de titularidad pública, en el proceso de asignación de acciones de la OPV, debe guardarse la mayor objetividad posible.

El día 12 de julio de 2014 se publicó en el BOE el anuncio de licitación para contratar a los coordinadores globales y a los asesores jurídicos que actuarían en la oferta pública de venta, estableciéndose como límite para la presentación de ofertas el 18 de julio de 2014. El concurso para seleccionar el núcleo estable de accionistas se inició el 28 de agosto con la publicación en el BOE del anuncio de licitación y la apertura del proceso de presentación de ofertas para fase de invitación, en la que se comprobaría si los candidatos interesados cumplían con los requisitos de solvencia económica y financiera exigidos. Tras ella, se dio paso a la fase de selección, en la que se debían seleccionar a los inversores para

formar el núcleo estable de accionistas que adquirirían un porcentaje del capital de AENA comprendido entre el 5 y el 11 por ciento.

El día 5 de octubre de 2014 la Comisión para la dirección del proceso de privatización de AENA acordó la creación del Comité de valoración de ofertas del proceso de selección de inversores de referencia, tal y como estaba previsto en los pliegos.

Finalmente, el 16 de octubre se firmaron los contratos de compraventa con los accionistas de referencia sujetos, como se preveía en los pliegos, a dos condiciones suspensivas: que la cotización de AENA en los mercados oficiales se produzca en un plazo como máximo de seis meses y que sus respectivos precios máximos ofertados sean superiores al precio que resulte de la OPV.

El Consejo de Ministros de 23 de enero de 2015 aprobó el acuerdo por el que se autorizó la salida a bolsa del 28 por ciento del capital del gestor aeroportuario público AENA mediante una oferta pública de venta, después de que el 21 por ciento se asignara a un núcleo estable de accionistas.

### *3.3. Las operaciones «sale and lease-back», enajenación y arrendamiento de edificios administrativos realizadas por la Junta de Andalucía*

Concretamente, el Gobierno andaluz aprobó la enajenación de varios inmuebles de propiedad de la Administración autonómica a favor de dos Entidades públicas instrumentales: la Sociedad de Gestión, Financiación e Inversión Patrimonial, S.A. y la Empresa Pública de Gestión de Activos, S.A. con el objetivo de obtener recursos para completar el presupuesto. La Disposición Adicional segunda del Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público (BOJA núm. 147, de 28 de julio de 2010) indicaba: *«Se faculta a la persona titular de la Consejería competente en materia de patrimonio para la enajenación directa y a título oneroso a la «Sociedad de Gestión, Financiación e Inversión Patrimonial, S.A.» y a la «Empresa Pública de Gestión de Activos, S.A.» de los bienes inmuebles, cualquiera que sea su valor, que autorice el Consejo de Gobierno durante 2010, de conformidad con la Disposición Adicional segunda de la Ley 4/1986, de 5 de mayo, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Asimismo, se autoriza a las citadas Sociedades al endeudamiento necesario para la adquisición de los referidos inmuebles, atendido el valor que se dé a los mismos mediante la oportuna tasación y el de los gastos que la adquisición suponga. Se autoriza la celebración de contratos de arrendamiento de hasta treinta y cinco años de duración por parte de la Consejería competente en materia de patrimonio para la utilización, por parte de los Departamentos de la Administración de la Junta de Andalucía y Entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes, de los inmuebles adquiridos por la «Sociedad de Gestión, Financiación e Inversión Patrimonial, S.A.» y por la «Empresa Pública de Gestión de Activos, S.A.» al amparo de la autorización prevista en el párrafo anterior».* Esta misma Disposición Adicional segunda se contiene en la Ley 1/2011, de 17 de febrero,

de reordenación del sector público de Andalucía<sup>37</sup>.

En consecuencia, conviene precisar cuáles son las características principales y las finalidades que cumplen estas dos sociedades mercantiles, intervinientes en estas acciones realizadas por la Junta de Andalucía, como forma de intentar obtener financiación.

A) «Sociedad de Gestión, Financiación e Inversión Patrimonial, S.A.»

El acuerdo del Consejo de Gobierno, de 10 de noviembre de 2009 (BOJA núm. 228, de 23 de noviembre de 2009) autorizó la constitución de la sociedad mercantil anónima «Sociedad de Gestión, Financiación e Inversión Patrimonial, S.A.», con naturaleza de sociedad mercantil del sector público andaluz, prevista en el art. 75 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

La Sociedad adscrita a la Consejería competente en materia de Hacienda, a través de la Secretaría General de Hacienda responde, según indica la Exposición de Motivos, de su acuerdo de constitución, a una pretendida gestión más eficiente y eficaz de la masa de bienes de titularidad pública, «con objeto de mejorar el rendimiento de los mismos, por su complejidad y singularidad». Por ello, se utiliza un instrumento -que se dice- más ágil y especializado.

En suma, con objeto de optimizar la gestión patrimonial para el mejor desarrollo y ejecución de las competencias atribuidas a la Consejería de Economía y Hacienda, con la finalidad de evitar el impacto sobre el endeudamiento de las cuentas públicas se crea la sociedad mercantil del sector público andaluz.

La Sociedad tiene la consideración de medio propio y servicio técnico de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus Entes instrumentales públicos y privados respecto de las actividades integradas en su objeto social, pudiéndosele conferir encomiendas conforme a la normativa de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Su objeto está constituido por las siguientes actividades: gestión y explotación, incluido su arrendamiento, de los bienes y derechos integrantes o susceptibles

---

37. Se autorizaba así al empleo del *sale and lease-back*, es decir, la enajenación y el posterior arrendamiento financiero. Desde la perspectiva fiscal, el tratamiento que se le daba a los contratos de arrendamiento con opción de compra en el Impuesto sobre Sociedades era el mismo que el atribuido a cualquier arrendamiento, es decir, las cantidades que se pagaban en concepto de renta periódica eran gasto deducible en su totalidad y llegado el momento de la opción de compra, el elemento era tratado a efectos de amortización como un elemento adquirido usado por el valor residual, que era el que se amortizaba. En seguida se advirtió que el sistema podría tener un tratamiento fiscal ventajoso en la adquisición de bienes nuevos, puesto que el elemento resultaba prácticamente amortizado cuando el período de duración del contrato era muy inferior al período de amortización mínimo (coeficiente máximo) previsto en las tablas y, además, facilitaba la financiación. Surgió de esta manera el contrato de *leasing*, que fue regulado en la Disposición Adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio.



de integrarse en el patrimonio de la Comunidad Autónoma andaluza, que se le encomienden; realización de trabajos de reconocimiento, identificación, inventario, investigación, comprobación, depuración, emisión de consultas, informes, dictámenes, certificados, valoraciones, tasaciones o comprobaciones de toda clase de bienes, muebles o inmuebles, derechos o propiedades incorpóreas, así como formulación de propuestas para la mejora y optimización de los patrimonios inmobiliarios de titularidad pública; promoción, financiación y gestión de toda clase de infraestructuras y servicios en relación con bienes inmuebles; gestión de la construcción, así como adjudicación y contratación de toda clase de obras y servicios relacionados con la actividad inmobiliaria y con la gestión de la construcción que le encomienden la Administración de la Junta de Andalucía y sus Entes instrumentales públicos y privados; realización de todo tipo de trabajos, gestiones y actuaciones en relación con la preparación, estudio, elaboración, desarrollo, ejecución y seguimiento de proyectos de colaboración público-privada que le encomienden la Administración y sus Entes instrumentales públicos y privados; asesoramiento y apoyo a la Consejería de Economía y Hacienda en el ejercicio de sus competencias sobre las materias relacionadas anteriormente y, en general, sobre cualquier otra materia de carácter económico-financiero de su ámbito competencial.

Estas actividades pueden ser desempeñadas por la sociedad para otras Administraciones públicas y Entidades públicas y privadas.

Para el buen fin de las funciones que tenga encomendadas la sociedad en cada momento, puede realizar las actuaciones jurídicas o técnicas que resulten adecuadas, tales como celebrar contratos o convenios, contratar personal, emitir informes, elaborar estudios o proyectos, impartir cursos y otras tareas formativas, y cualquier otra necesaria para el ejercicio de sus cometidos.

La sociedad se financia mediante los recursos de su propio capital y las dotaciones consignadas en los presupuestos de la Comunidad Autónoma, así como cualquier otro recurso que se le atribuya o pueda recibir; bienes y derechos que constituyan el patrimonio de la sociedad, así como productos y rentas derivados de la gestión de dicho patrimonio; ingresos ordinarios o extraordinarios derivados o generados por ejercitar sus actividades y prestar servicios; donaciones, herencias y legados y otras aportaciones de Entidades privadas o de particulares; subvenciones y aportaciones de carácter público; y las operaciones de crédito que concierte.

#### B) «Empresa Pública de Gestión de Activos, S.A.»

Como se ha señalado, la Disposición Adicional segunda del Decreto-ley 6/2010, de 23 de noviembre, de medidas complementarias del Decreto-ley 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público, facultó a la persona titular de la Consejería competente en materia de patrimonio para la enajenación directa y a título oneroso a la «Empresa Pública de Gestión de Activos, S.A.» de los bienes inmuebles, cualquiera que fuera su valor, que autorizara el Consejo de Gobierno durante 2010, de conformidad con

la Disposición Adicional segunda de la Ley 4/1986, de 5 de mayo, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Asimismo, se autorizó a la citada sociedad al endeudamiento necesario para la adquisición de los referidos inmuebles, atendido el valor que se diera a los mismos mediante la oportuna tasación y el de los gastos que la adquisición supusiera.

Por último, en la referida Disposición Adicional se autorizaba la celebración de contratos de arrendamiento de hasta treinta y cinco años de duración por parte de la Consejería competente en materia de patrimonio para la utilización, por parte de los Departamentos de la Administración de la Junta de Andalucía y Entidades de Derecho público vinculadas o dependientes, de los inmuebles adquiridos por la «Empresa Pública de Gestión de Activos, S.A.» al amparo de esta autorización.

Las previsiones incluidas en esta Disposición Adicional segunda implicaban la correspondiente adecuación de los estatutos de la «Empresa Pública de Gestión de Activos, S.A.» (Acuerdo de 28 de diciembre de 2010, del Consejo de Gobierno, por el que se autoriza la modificación de la «Empresa Pública de Gestión de Activos, S.A.», BOJA núm. 255, de 31 de diciembre de 2010). Además, era necesario realizar otras modificaciones, a fin de ajustar los estatutos a la nueva situación de la entidad, lo que suponía sustituir referencias actualmente obsoletas, adecuar las funciones de la presidencia del Consejo de Administración a una presidencia que no tenga carácter ejecutivo, así como adaptar el régimen de control de la sociedad, el de las personas que ejercen en ella funciones de alta dirección y las expresiones de género al marco normativo existente en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

La sociedad tiene por objeto la tenencia, administración, gestión integral y explotación, enajenación, conservación y mantenimiento, incluido el mantenimiento y reparación de instalaciones térmicas en edificios, vigilancia, desarrollo, mejora y optimización y cualquier otra actividad de gestión, incluido el arrendamiento, de los bienes y derechos, materiales e inmateriales, muebles e inmuebles de su propiedad y de los que adquiriera en lo sucesivo, así como la gestión integral y administración, en su sentido más amplio, de los que le sean encomendados por la Comunidad Autónoma de Andalucía y/o por sus entidades instrumentales públicas y privadas. Asimismo, el asesoramiento y apoyo a la Consejería competente en materia de Hacienda de la Junta de Andalucía en el ejercicio de sus competencias sobre las materias relacionadas en el apartado anterior y, en general, sobre cualquier otra materia de su ámbito competencial.

El capital social de la sociedad se fija en la suma de ciento dos millones seiscientos setenta y cinco mil trescientos catorce euros.

El capital estará representado por acciones de un valor nominal de seiscientos dos euros cada una nominativas, con una numeración de la 1 a la 170.557 totalmente desembolsadas.

### C) Desarrollo de la operación

Según la planificación oficial, la Junta traspasó la titularidad de los edificios a estas dos sociedades, que debían conseguir créditos de bancos y cajas de ahorro para financiar la operación. El precio venía constituido por el valor de tasación llevado a cabo para cada inmueble. Posteriormente, se facultó a los responsables de estas empresas y a la Consejería de Hacienda -titular de las competencias del patrimonio autonómico- a que firmen contratos de arrendamiento por un período de treinta y cinco años, que figuraban en las partidas de gasto corriente de cada Departamento. En definitiva, la Junta se pagaba a sí misma una renta por inmuebles que eran suyos.

Las actuaciones evidencian que la demanialidad de los edificios administrativos no es más que un arbitrio formal<sup>38</sup> y que tiene ventajas, pero también muchos inconvenientes. No necesariamente se protege a los bienes cuando se les otorga esta calificación. El régimen demanial ha quedado reducido a formalidades y, a pesar del carácter que se le atribuya a un bien, cabe vulnerar la afectación con una simple desafectación, que puede ir incluso implícita en el acuerdo de enajenación, tal y como sucede en este caso.

### D) Medidas adoptadas por otras Comunidades Autónomas

En esta línea de medidas, relacionadas con los bienes inmuebles, y practicadas con la finalidad de explotación de los mismos, debe también citarse el caso de la Generalitat Valenciana, la cual dentro de su Plan de Optimización del Patrimonio procedió a la enajenación de siete solares urbanos, que no consideraba necesarios para el cumplimiento de sus fines institucionales. Puede consultarse el Diari Oficial de la Comunitat Valenciana (DOCV) núm. 675, de 18 de abril de 2012. En él se contienen las subastas de bienes inmuebles sitios en Castellón de la Plana, Alicante, Valencia y Paterna.

Dicho Plan, que tiene como objetivo ahorrar y racionalizar los recursos patrimoniales de la Administración valenciana, incluye, además de la enajenación de bienes inmuebles y parcelas sin uso u ociosas, la reducción del 50 por ciento de los vehículos que conforman el Parque Móvil de la Generalitat y el Plan de Ahorro Energético.

A pesar de ello, la difícil situación que atraviesa el mercado financiero ha llevado a la Comunidad a revisar su estrategia y decantarse por el arrendamiento de los edificios en lugar de una mala enajenación. La Generalitat había tasado los inmuebles en un precio muy superior al que tenía posibilidad de obtener.

---

38. La Disposición Final segunda de la LPAP no permite dudar de que la calificación contenida en su art. 5.3 tiene un alcance reducido únicamente al ámbito reducido de la Administración estatal y sus organismos vinculados o dependientes. Por tanto, el legislador andaluz está habilitado para prescindir de ella y calificar estos inmuebles de patrimoniales.

Por ello, ha decidido mantener su patrimonio aun sin obtener los ingresos esperados en su presupuesto.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que, por varias que sean las ventajas, no siempre será conveniente formalizar un contrato de *lease-back*. Todo dependerá de la situación económico-financiera de la empresa. Por ello, hay que comprobar si la situación negativa es temporal o permanente. Es posible que para necesidades permanentes de liquidez tenga más sentido otro tipo de financiación, ya que con la ajena únicamente se postergará el problema, sin realmente solucionarlo. Es por esto por lo que el *lease-back* tiene más sentido para situaciones temporales de falta de liquidez.

No hay que olvidar que el contrato de *lease-back* implica seguir pagando una cuota mensual en concepto de leasing para el disfrute del bien, es decir, decidir si pagar las cuotas de *leasing* o las cuotas de un préstamo hipotecario dependerá en gran medida de los cálculos que se hagan, pero es posible que en muchas ocasiones no compense traspasar la titularidad, ya que puede que se haya pagado más cantidad de dinero en total.

#### *3.4. La iniciativa «project bonds» o emisión de bonos, un instrumento innovador de financiación de infraestructuras*

La Unión Europea no sólo ha manifestado la necesidad de buscar nuevos mecanismos de financiación a través de los contratos, sino que también se ha interesado por recurrir a nuevas alternativas como la captación de fondos en los mercados de capitales, fomentando la emisión de bonos para grandes proyectos. De este modo, la Comisión Europea y el Banco Europeo de Inversiones han creado la iniciativa denominada «Europa 2020: una Estrategia para el crecimiento inteligente», a los efectos de poner en práctica las posibilidades que este tipo de instrumentos ofrecen. El punto 3.2 de la Estrategia «Inversión en el crecimiento: política de cohesión, movilización del presupuesto de la UE y de financiación privada» señala: «*Europa debe también hacer todo lo que pueda para movilizar sus medios financieros, explorar nuevas formas de utilizar una combinación de finanzas privadas y públicas y crear instrumentos innovadores para financiar las inversiones necesarias, incluida la cooperación entre los sectores público y privado*». Para ello, la Comisión propone medidas para desarrollar soluciones innovadoras de financiación con el fin de apoyar los objetivos de Europa 2020; entre ellas: «*diseñar nuevos instrumentos financieros, en especial en cooperación con el Banco Europeo de Inversiones y el sector privado, que respondan a necesidades hasta ahora no cubiertas de las empresas*».

Mediante la emisión de bonos de infraestructuras (conocidos como *Project bonds*), se pretende la atracción de inversiones del sector privado, para la financiación de grandes proyectos de infraestructuras, principalmente, en los sectores del transporte y de la energía. La Comisión Europea estima que, para cumplir los objetivos de la Iniciativa Europa 2020, las necesidades de inversión en estos sectores, se cifran en aproximadamente dos billones de euros.

Con anterioridad a la actual crisis financiera, los bonos estaban asegurados por entidades privadas, pero este respaldo ha desaparecido con las condiciones actuales de la economía y no parece posible su restauración a corto plazo.

Por ello, actualmente la Unión Europea proporciona a las empresas el apoyo necesario para la emisión de bonos que permitan la financiación de grandes infraestructuras, con la intención de obtener un aumento de los proyectos financiados por el sector privado, con un período más rápido de ejecución y a un menor coste. La iniciativa está abierta a entidades de crédito de carácter comercial, así como otros socios financieros (instituciones financieras internacionales y Bancos Centrales de otros Estados miembros), que tengan el requisito de la experiencia y la intención de asumir los riesgos asociados de esta colaboración con la Comisión Europea.

En estas operaciones los riesgos son compartidos entre la Comisión Europea y el Banco Europeo de Inversiones, que fija los precios de las garantías o préstamos. Asimismo, el Banco Europeo de Inversiones aporta una deuda subordinada<sup>39</sup> o bien una garantía de servicios para cubrir una parte de la deuda de los proyectos (garantía que sería ejecutable, si los ingresos son inferiores a los previstos). En consecuencia, aporta tranquilidad a los inversores.

La idea final es construir una cartera de operaciones lo suficientemente diversificada a los efectos de beneficiarse de reducciones de riesgo mediante el llamado “efecto cartera”.

\*\*\*

---

39. La deuda se divide en dos tramos, uno de primer rango y otro subordinado. Este último tramo, proporcionado por el Banco Europeo de Inversiones con el apoyo de la Comisión, puede consistir bien en un préstamo o bien en una línea de crédito, que puede ser utilizada si los ingresos del proyecto son insuficientes para asegurar el servicio de la deuda del primer rango.