

“REFLEXIONES EN TORNO A LA NUEVA LEY 13/2003, DE 23 DE MAYO, REGULADORA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS”

JAVIER SIERRA RODRÍGUEZ

Diplomado en Gestión y Administración Pública
Licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración

SUMARIO: I. Introducción. - II. Antecedentes de la regulación de la concesión de obras públicas en España. 1. El Real Decreto de 10 de Octubre de 1945. 2. La Ley General de Obras Públicas de 1877. 3. La concesión de obras públicas en la segunda mitad del Siglo XX. - III. Justificación de la nueva regulación de obras públicas. 1. Carencias de la regulación de la concesión de obras públicas en España. 2. Déficit público y Plan de Infraestructuras de Transporte 2000-2007. 3. Necesidades originadas por el avance social. IV. Notas caracterizadoras de la figura de la concesión. 1. El concepto de Obra Pública y de Concesión. 2. El Riesgo Concesional. 3. El Equilibrio Económico. 4. Diversificación de la Financiación. - V. Modalidades de la construcción y remuneración de obras públicas y de su contrato de concesión. 1. La Construcción de obras públicas. 2. La explotación y remuneración de obras públicas. 3. Las modalidades de explotación de las obras públicas. - VI. Concesiones y autonomía. - VII. La cláusula de progreso. - VIII. Conclusiones. - IX. Fuentes.

I INTRODUCCIÓN

La Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas en vigor desde el 24 de Agosto de 2003¹, ha supuesto la puesta al día de esta institución concesional que cuenta con una larga tradición en España, modificando el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas², texto en el que se incorpora por recomendación del Consejo de Estado³.

Las modificaciones operadas han sido parciales para incluir la referencia a la nueva regulación en algunos artículos de los Libros I y II, al tiempo que sustrae de los mismos las referencias al contrato de concesión de obras públicas; mientras que el grueso de la nueva regulación se establece sustancialmente mediante la incorporación de un nuevo Título V al Libro II.

¹ BOE núm. 124, de 24 de Mayo de 2003.

² BOE núm. 148, de 21 de Junio; rect. BOE núm. 227, de 21 de septiembre. En adelante TRLCAP

³ Dictamen del Consejo de Estado en relación con el Anteproyecto de Ley Concesional, con fecha 5 de diciembre de 2001 y nº de Expediente 3375/2001.

De esta forma, se da sustantividad al contrato de concesión de obras públicas diferenciándolo de otros tipos como el de obras y de concesiones de servicios públicos, ambas figuras a las que ha estado vinculado tradicionalmente e incluso con las que se ha llegado a confundir por la falta de una delimitación clara.

La nueva regulación mantiene el carácter administrativo del contrato de concesión de obras públicas ahora ya típico y, por tanto, su sujeción al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, estableciendo que su regulación será preferentemente la establecida en el nuevo Título V, completándose con la disciplina general contenida en el Libro I del TRLCAP.

En el presente artículo se pretende hacer un recorrido histórico sobre los antecedentes de la figura de la concesión de obras públicas, analizando las carencias que motivaron en su momento al Ministerio de Fomento para impulsar la nueva Ley⁴, destacando las notas fundamentales de la nueva regulación y estructurando el panorama que se dibuja a partir de ahora.

Es necesario indicar antes de que el lector continúe estas líneas, que sobre el contrato de concesión de obras públicas hay muy poca bibliografía específica y que es una materia compleja por unir cuestiones de Derecho Administrativo con la regulación del Derecho Privado, especialmente en lo relativo a la optimización y diversificación de las vías de financiación del concesionario, que es uno de los aspectos nucleares que trata de potenciar esta Ley.

II ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN DE LA CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS EN ESPAÑA

Encontramos algún antecedente de la concesión de dominio público en la Alta Edad Media, a través de la institución de las regalías y las concesiones perpetuas de tierras que producían una división entre el Señor, que actuaba como concedente conservando el dominio directo y el Vasallo, que era el poseedor a quien se cedía el dominio útil de la tierra (Marín, 2002:2).

A mediados del Siglo XIX se empiezan a advertir las primeras manifestaciones de regulación de las obras públicas con el ascenso de los liberales al poder. A diferencia de lo que cabría esperar según los presupuestos de la ideología liberal, aparecen excepcionalmente intervenciones estatales de matiz económico, especialmente en el ámbito de las obras públicas, que a partir de la segunda mitad del Siglo XIX

⁴ El proyecto de Ley remitido por el Ministerio de Fomento fue aprobado en la sesión del Consejo de Ministros de 7 de junio de 2002.

articularán progresivamente nuevos instrumentos normativos para garantizar el funcionamiento de la Administración bajo la idea de fomento de la riqueza nacional entendida según la formulación de Javier de Burgos (López, 1998:333 y 334).

Esta idea tuvo su plasmación en la organización ministerial cuando el Real Decreto de 20 de octubre de 1851, bajo la Presidencia del Consejo de Ministros de Juan Bravo Murillo, dispuso que el Ministerio de Comercio, Instrucción y Obras Públicas se denominase Ministerio de Fomento. En esos años dentro de la denominada etapa “moderada” (1843-1854) se produjo un verdadero despegue de las obras públicas y la elaboración de planes de ferrocarriles, carreteras y puertos (Álvarez-Cascos. 2001)⁵.

Por otro lado, si bien es cierto que cobra especial sentido la figura de la concesión por cuanto, como hemos dicho, la ideología liberal desconfía de la capacidad del Estado para llevar a cabo obras susceptibles de explotación económica, se permite que la iniciativa y el capital privados asuman la construcción de obras públicas de gran calado, aunque a su vez el Estado conserve la titularidad y el control de la actividad exigiendo determinadas condiciones técnicas y económicas al concesionario.

Esto tuvo su reflejo en la configuración de la Ley General de Obras Públicas de 1877 (LGOP) y en normas sectoriales relativas a carreteras⁶, aguas⁷, puertos⁸, ferrocarriles⁹ y otras que se dictaron posteriormente, haciendo que la figura de la concesión, al conciliar las visiones liberal y de intervención estatal, haya tenido una pronta acogida.

Por ello, la LGOP ha tenido una continuidad sin muchos altibajos hasta nuestros días, aunque dicho régimen se ha ido quebrando tanto por el desarrollo mismo de la legislación general y de la sectorial sobre contratos, que ha recogido los de concesión, así como en las últimas dos décadas por la nueva organización territorial del Estado y el principio de autonomía que proclama la Constitución, lo que ha afectado a la materia de la concesión de obras públicas y ha hecho más necesaria una nueva intervención del legislador (Parejo, 1998: 569 y ss.).

En general, la necesidad de construcción de obras públicas junto a la iniciativa privada ha impulsado el establecimiento de una regulación sobre la materia, que no

⁵ Como ejemplo recordamos que la Orden de 23 de agosto de 1843 supuso la base administrativa para la construcción de la primera línea ferroviaria Barcelona-Mataró.

⁶ Ley de Carreteras de 4 de mayo de 1877.

⁷ Ley de Aguas de 13 de junio de 1879.

⁸ Ley de Puertos de 7 de mayo de 1886

⁹ Ley de Ferrocarriles de 23 de noviembre de 1887.

sólo ha supuesto la positivación de los contratos de obras o de modalidades como la concesión; sino que ha sido el tronco a partir del cual se ha ido regulando y construyendo toda la normativa sobre la contratación administrativa en general (Gómez-Ferrer, 1996:604 y 605).

1. EL REAL DECRETO DE 10 DE OCTUBRE DE 1845

La modalidad de contrato de concesión de obras públicas tiene sus antecedentes específicos desde que fuese recogida bajo la denominación de “obras por empresa” por una Instrucción de 1845¹⁰ con el objeto de la construcción de caminos de todas clases, canales de navegación, riego y desagüe, faros, desecación de lagunas y terrenos pantanosos, etc.¹¹. La Instrucción establecía tres modalidades de construcción de obra pública: por empresa, por contrata o por la propia Administración, correspondiendo la primera de ellas a lo que entendemos por la concesión de obras públicas.

<< Artículo 5. (...) En las obras por empresa la Administración contrata con particulares la ejecución de las obras, cediéndoles en pago los productos y rendimientos de las mismas; y cuando éstos no sean suficientes, estipulando concesiones en compensación de la industria de los empresarios o del capital que adelanten, de lo cual resultará a su favor en los más de los casos un privilegio por tiempo determinado >>

La Instrucción establecía su preferencia por la realización de obras “por contrata”¹² siempre que hubiese fondos suficientes, mientras que las obras “por empresa” se indicaban especialmente para aquellos casos en que su realización exigiese esfuerzos económicos para los que la Administración no estuviese en condiciones de afrontar.

<< Artículo 7. Las empresas promovidas por particulares, en tanto serán aceptables, en cuanto la importancia y vasta extensión de las obras proyectadas exijan considerables sumas que la Administración no se halle en estado de afrontar, pero que puede suplir ventajosamente por medio de concesiones >>

Por otro lado, hay que señalar que dicha Instrucción no regulaba el modo y forma del contrato, sino que por el contrario permitía completa libertad al Gobierno

¹⁰ Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas aprobada por Real Decreto de 10 de octubre de 1845.

¹¹ En tal fecha, 1845, obviamente no se incluyen los ferrocarriles dentro de los apartados de obras públicas (Cuellar, 2001).

¹² En las obras por contrata la Administración satisface en plazos fijos las cantidades estipuladas por las obras que los contratistas se obligan a ejecutar en un tiempo dado y bajo condiciones determinadas.

para fijar sus aspectos libremente, extremo que dejaba abierta la puerta a cierta arbitrariedad del Gobierno para la celebración de este tipo de contratos.

<< Artículo 18.1. La concesión de las empresas de toda clase de obras públicas se otorgará por el Gobierno en el modo y forma que para cada caso se estime conveniente >>

A lo largo de la segunda mitad del siglo XIX se generalizó una apuesta inversora muy importante destinada a poner en funcionamiento toda clase de obras públicas, lo que hizo necesario articular una nueva normativa que mejorase la Instrucción del 10 de Octubre de 1945.

2. LA LEY GENERAL DE OBRAS PÚBLICAS DE 1877

En 1877 se dicta la Ley General de Obras Públicas¹³ del por entonces Ministro de Fomento Francisco Queipo de Llano, fruto de la habilitación de la Ley de bases de 29 de Diciembre de 1876. La LGOP pretendía establecer un régimen general de las obras públicas, de ahí que en su artículo 125 previese Leyes especiales sobre ferrocarriles, carreteras, agua y puertos.

La LGOP supuso la regulación más concreta que se ha tenido sobre la concesión de obras públicas, articulando fórmulas mixtas y contando incluso con su propio desarrollo reglamentario¹⁴, hasta que la Ley 13/2003 ha acabado con parte de la vigencia de la norma decimonónica, derogando expresamente sus artículos 53 a 105 y el 111 correspondientes a los Capítulos VI, VII y parte del Capítulo VIII.

El artículo 26 de la LGOP establecía las modalidades tradicionales de construcción de obras públicas que conocemos, la modalidad de contrato de obras y de concesión de obras públicas, así como fórmulas mixtas.

<< Artículo 26. El Gobierno podrá contratar las obras públicas que sean de su cargo: 1.º Obligándose á pagar el importe de las obras á medida que los trabajos se vayan ejecutando en los plazos y con las formalidades que se determinen en las cláusulas especiales de cada contrato y en las condiciones generales que deben regir en todo lo referente á este servicio. 2.º Otorgando á los contratistas el derecho de disfrutar por tiempo determinado el producto de los arbitrios que se establezcan para el aprovechamiento de las obras, según lo dispuesto en el art. 24 de la presente ley. 3.º Combinando los dos medios expresados >>

¹³ Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 (LGOP).

¹⁴ Reglamento aprobado por Decreto de 6 de julio de 1877.

El Capítulo VI regulaba la concesión de obras públicas destinadas al uso general por parte de particulares, siempre que no requiriese aportación económica u ocupación de dominio público, con la posibilidad para el particular de poder explotar dicha obra durante el plazo de concesión, a cuyo término la misma pasaría a ser de dominio público. En el Capítulo VII se hacía lo mismo de forma similar para aquellas concesiones de obras que, si bien no ocupaban el dominio público, gozaban de subvención; mientras que en el Capítulo VIII se preveían los supuestos para los que se pidiese la concesión de dominio público o dominio de Estado.

Como se citó anteriormente, la LGOP se vio enseguida acompañada de leyes sectoriales que venían a mantener la figura de la concesión en conexión con ella. Así, podemos señalar que un mes después de la aprobación de la LGOP tuvo salida la Ley de Carreteras¹⁵, que también establecía la fórmula de concesión (Capítulo V) y un mecanismo para costear las carreteras con fondos mixtos en la que también se incluía a los particulares (Capítulo VI).

<< Artículo 46. Las carreteras de servicio público, que constituyen el objeto de esta ley, podrán ser construidas y explotadas por particulares ó Compañías, mediante concesiones para reintegro de los capitales invertidos y sin subvención alguna por parte del Estado, provincias ni Ayuntamientos, al tener de lo prescripto en el art. 53 de la ley general de Obras públicas >>

3. LA CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS EN LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX

En 1965 se promulgó la Ley de Contratos del Estado¹⁶ que vino a ignorar la regulación de la LGOP, al no referirse a la concesión de obras públicas ni siquiera tras su reforma de 1973¹⁷, aunque de modo tácito parece que venía a englobar dicha categoría en la de obras y servicios según el Reglamento General de Contratación del Estado¹⁸, idea que se refuerza porque el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales¹⁹ en su artículo 114.2 incluye la construcción de obra afectada a un contrato de concesión de servicios.

<< La concesión podrá comprender: a) la construcción de una obra o instalación y la subsiguiente gestión del servicio a que estuvieren afectas, o b) el

¹⁵ Cit. Ley de Carreteras de 4 de mayo de 1877.

¹⁶ Aprobada por Decreto 923/1965, de 8 de abril (LCE).

¹⁷ Ley 5/1973, de 17 de marzo, por la que se modifica la Ley de Contratos del Estado (B.O.E. núm. 69, de 21 de marzo de 1973).

¹⁸ Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de Noviembre (RCE).

¹⁹ Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL).

mero ejercicio del servicio publico cuando no requiera obras o instalaciones permanentes o estuvieren ya establecidas >>

En 1972 se dictó la Ley de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión²⁰, que reguló la modalidad de concesión con carácter sectorial reservándola a las autopistas peaje y que supuso una novedad por ser la primera vez que se aprobaba una ley específica en materia de concesiones.

Al mismo tiempo se empezaban a dictar las primeras Directivas comunitarias sobre contratos públicos, pero en el art. 3.1 de la Directiva 71/305/CEE se excluía de su ámbito de aplicación las concesiones de obras públicas, señalando expresamente que sus disposiciones no se aplicarían al denominado contrato de concesión²¹.

Ello originaba una laguna en el Derecho Comunitario que se puso de manifiesto en la Directiva 89/440/CEE, al sujetar las concesiones de obras a las normas de publicidad y concurrencia, algo que se recogió a su vez en la Directiva 93/37/CEE de 14 de junio de 1993 (Morant, 2002) que refundía las anteriores y que se hizo reflejar en nuestro Derecho interno de forma casi literal por la LCAP²².

Esta última norma, antecesora del TRLCAP, volvió a regular con carácter general el contrato de concesión de obras públicas, esta vez incardinándolo dentro de la modalidad del contrato de obras, pero de forma muy insuficiente y sin atender a las especificidades propias de esta modalidad, motivando que en materia de construcción y explotación de obras hidráulicas se regulase nuevamente de forma sectorial el contrato de concesión por la Ley 13/1996²³.

Posteriormente, la Ley 53/1999²⁴ vino a clarificar algunos aspectos relativos a la concesión de obras públicas debido a la posibilidad de ejecución de éstas a través del contrato de concesión de servicios públicos, para finalmente quedar configura-

²⁰ Ley 8/1972, 10 mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión (BOE 11-5-1972).

²¹ No obstante, esta Directiva originó la modificación de la LCE y del RCE mediante el RD-Ley 931/1986, de 2 de mayo y el RD 2825/1986, de 28 de noviembre, respectivamente, entre otras razones para incluir en el Derecho interno el principio de no discriminación por nacionalidad para las subcontrataciones.

²² Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas. BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1995. Corrección de errores BOE núm. 159 de 5 de julio de 1995).

²³ Regulación operada por el artículo 173 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (BOE 31 de diciembre de 1996).

²⁴ Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

do el contrato de concesión de obras públicas en la Sección II, del Título I del Libro II del TRLCAP²⁵.

III JUSTIFICACIÓN DE LA NUEVA REGULACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS.

1. CARENCIAS DE LA REGULACIÓN DE LA CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS EN ESPAÑA

El contrato de concesión de obras públicas precisaba una regulación más amplia y singularizada tal y como hace la Ley 13/2003 debido a su utilización generalizada por las Administraciones Públicas, de modo que puede destacarse que la Ley responde a las siguientes necesidades:

a. Definir un marco común para todas las Administraciones Públicas, mediante legislación de carácter básico, en lógica consecuencia con la atribución exclusiva al Estado de dicha normativa básica en materia de contratos y concesiones administrativas en virtud del artículo 149.1.18^a de la Constitución.

b. Clarificar la naturaleza del contrato de concesión de obras públicas, diferenciándolo de otros contratos afines como los de servicio público u obras e incluso de figuras mixtas, otorgándole sustantividad como modalidad propia de contrato administrativo.

c. Ampliar una regulación hasta ahora insuficiente sobre todo en lo que se refiere al concepto de obra pública, como algo más que una actividad de las enumeradas en el artículo 120 del TRLCAP y que en el caso de la concesión de obras públicas precisaba ampliar sus supuestos concretos respecto de los establecidos en dicho artículo.

d. Evitar la dispersión en la regulación de la institución concesional originada por las normativas singulares de las legislaciones sectoriales y que provocaba una desnaturalización en muchas ocasiones del concepto de concesión y su capacidad ordenadora.

e. Actualizar la normativa para incluir fórmulas de financiación existentes aplicándolas al contrato de concesión y a sus garantías, de forma que sea más atractiva para que la iniciativa privada concurra a las licitaciones y pueda beneficiarse a su vez de otras figuras de financiación de terceros.

f. Actualizar el principio del riesgo en los contratos de concesión, tanto por ser una característica constitutiva de la figura de la concesión, como por las exigencias derivadas del ámbito comunitario.

²⁵ El RD Legislativo 2/2000 fue desarrollado reglamentariamente por el RD 1098/2001, de 12 de octubre (BOE. núm. 257, de 26 de octubre; rect. BOE. núm. 303, de 19 de diciembre)

g. Restablecer el equilibrio económico-financiero en la concesión, mediante mecanismos que recojan las diferentes situaciones que pudieran darse, para que el mismo no quiebre en favor del concesionario como tradicionalmente sucede, ni sea tan poco atractivo que haga desistir al capital privado.

2. DÉFICIT PÚBLICO Y PLAN DE INFRAESTRUCTURAS DE TRANSPORTE 2000-2007

La nueva normativa contribuye a otros objetivos, como facilitar la inversión privada para la financiación del Plan de Infraestructuras 2000-2007 que establece actuaciones en carreteras, ferrocarriles, puertos, aeropuertos y correos con una inversión total de 104.806,6 millones de € hasta el año 2010, de los cuáles se prevé una participación privada en sus inversiones del 20% y que por su ambición precisa necesariamente facilitar al máximo que acuda capital privado para ejecutar los proyectos de infraestructuras, sin que ello suponga problemas excesivos para las arcas del Estado y para la viabilidad financiera de las inversiones proyectadas en dicho plan.

En relación con esto cabe mencionar que una de las causas que llevaron a la regulación de la modalidad de contrato de obra con abono total del precio²⁶ fue precisamente la adecuación a los objetivos de déficit presupuestario derivados de los compromisos del Tratado de la Unión Europea, ya que esta modalidad permite, a efectos de contabilización del gasto, realizar inversión sin que se pueda computar globalmente como déficit²⁷.

En toda la Ley se puede observar ese esfuerzo por adecuarse a fórmulas que sean compatibles con la lógica y criterios de mercado, mediante la realización de un complejo sistema garantista para los terceros que ayuden a financiar las concesiones.

3 NECESIDADES ORIGINADAS POR EL AVANCE SOCIAL

Por otro lado cabe mencionar que hay una serie de consideraciones que afectan a la necesidad de otorgar una mayor preponderancia a la figura concesional. La primera es la creciente complejidad de la intervención pública en el ámbito normativo, porque el Estado no puede actuar en solitario al existir condicionantes derivados de la propia estructura autonómica, sujeta a su vez a los dictados de la Unión Europea, a lo que se suma la posibilidad de celebración de este tipo de contratos por los tres niveles de Administración territorial existentes en España.

²⁶ Art. 147 Ley 13/1996.

²⁷ Ver la doctrina sentada en el Dictamen del Consejo de Estado núm. 2634/1997, de 8 de mayo, así como la Exposición de Motivos del RD 704/1997, de 16 de mayo, por el que se regula el régimen jurídico, presupuestario y financiero del contrato administrativo de obra bajo la modalidad de abono total del precio (BOE núm. 123, de 23 mayo de 1997).

La segunda consiste en que, junto a los aspectos jurídicos, deben tomarse en consideración inexcusablemente otras dimensiones de carácter económico, técnico y social, necesidad que se acrecienta en el campo de las obras públicas en el que se exige la estricta atención a criterios de eficacia y eficiencia, junto a otros más específicos de la figura de la concesión como la credibilidad de su objeto para atraer la financiación privada y la seguridad y calidad en la obra que se ejecute, se conserve y se explote.

La tercera consideración es la propia definición del Estado del Bienestar, que obliga a plantearse el papel del aparato público bien como prestador directo de servicios, bien como árbitro y regulador dejando un mayor margen al mercado. En este segundo sentido se encuadraría la concesión de obras públicas, ya que se posibilita que a través de esta figura el Estado actúe estableciendo las directrices necesarias y dejando margen de actuación a la iniciativa privada.

IV NOTAS CARACTERIZADORAS DE LA FIGURA DE LA CONCESIÓN

La Exposición de Motivos de la Ley 13/2003 expresa cuatro conceptos que suponen el núcleo central de la Ley. Éstos son los de obra pública, riesgo concesional, equilibrio económico y diversificación de la financiación.

1. EL CONCEPTO DE OBRA PÚBLICA Y DE CONCESIÓN

Es necesario comenzar con la conceptualización de “obra pública”, para conocer el tradicional dilema que ha existido para aclarar su ubicación y consideración.

En la clasificación de la actividad administrativa desde un punto de vista material²⁸, la obra pública siempre ha sido incardinada como perteneciente a los servicios públicos, a lo que se suma que la concesión sea una de las técnicas de intervención de gestión privada de los servicios públicos y sea la forma más típica de prestación indirecta.

Ello ha llevado a desencadenar determinadas confusiones respecto a su naturaleza y sobre el propio concepto que, si bien han tendido a ser aclaradas por la nueva ley, todavía permanecen oscuras. Hay que señalar —tal y como hace Jiménez Díaz, (2003)— que, en definitiva, se unen en este tipo de contratos elementos propios del de obra, puesto que el contratista asume los costes de su ejecución, y de la conce-

²⁸ Hacemos referencia a la clasificación tripartita de la actividad material de las Administraciones Públicas mantenida por la doctrina iusadministrativa: policía, fomento y servicios públicos.

sión de servicios públicos, por cuanto el concesionario soportará los costes de conservación y reparación, incluyendo modalidades de compensación de ambas figuras, a través de las tarifas que se establezcan e incluso por financiación de las mismas por la Administración (peaje en sombra), mediante subvenciones excepcionales o aportaciones públicas para su ejecución, en todo caso compaginables con el pago de un precio.

Los antecedentes normativos al respecto no han hecho sino complicar la cuestión. Recordamos que la LGOP trataba a la figura concesional dentro del ámbito de construcción de obras. Posteriormente, la LCE²⁹ tendió hacia el contrato de “obra y servicio”³⁰, la LCAP sobre todo a partir de la reforma de la Ley 53/1999 recogida a su vez en el TRLCAP, lo contemplaba dentro de la modalidad de contrato de obras, pero tendente a ser considerado mixto por la posibilidad de regularse mediante la normativa referente al contrato de gestión de servicios públicos en virtud del mayor peso de económico de la prestación³¹ (Ballesteros. 2000:574 y 575).

Finalmente, la Ley 13/2003 al regular de una forma singularizada el contrato de concesión de obra pública debería acabar con la confusión durante tanto tiempo mantenida, ya que se delimita claramente que en cualquiera de sus dos modalidades, la explotación de obra pública ya sea esta acompañada o no de su ejecución, responde al contrato de concesión de obra pública y debe acogerse sin confusiones a la regulación del Título V del Libro II del TRLCAP.

Desde otra perspectiva la obra pública también se distingue del servicio público como indica López Pellicer (1998:301 y ss), tanto en su acepción dinámica como trabajo o actividad, que es la que más destaca la doctrina francesa, como en su acepción estática o pasiva como resultado consistente en una cosa o bien inmueble, que es la utilizada en nuestro Código Civil al regular el arrendamiento de obra ó *locatio operis*.

²⁹ En consonancia con la lectura del RCE estaría dentro de la modalidad mixta de “obras y servicio”, e incluso a tenor del literal del RSCL dentro de la concesión de servicios públicos.

³⁰ La jurisprudencia venía calificando a éstos contratos cuando poseían ambas notas como mixtos. Ver Sentencia del Tribunal Supremo, 20 de julio de 1983, Arz.4002, sent. 3 de junio de 1992, Arz.4923. (cit. Ballesteros. 2000:575)

³¹ A este respecto hay que indicar que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 49/1997, de 17 de noviembre, se refería al contrato de concesión de obra pública como “un contrato mixto de obras y gestión de servicios públicos como lo demuestra el sistema retributivo del contratista, que no consiste en un precio a pagar por la Administración, sino en un derecho a explotar la obra construida junto con el de percibir un precio. Su régimen legal será por ello el que corresponde a la prestación principal, lo que determinará que, cuando sea esta la explotación, se trate de una gestión de servicio público”.

En este sentido la Exposición de Motivos de la nueva Ley nos aclara que si bien en el contrato de obras³² se concibe a éstas más en su acepción dinámica que en la estática, por el contrario la obra pública, strictu sensu, cobra su sentido cuando adquiere su acepción estática o pasiva, ya que la nota fundamental de explotación económica del contrato de concesión de obra pública no se vería reflejada por la construcción de la obra pública³³, porque para adquirir su verdadero sentido precisa de la existencia de un soporte instrumental, el bien inmueble de interés público, sobre el que se ejerce la explotación económica.

Así pues la obra pública en relación a lo establecido en la nueva Ley, debe entenderse como sinónimo de bien inmueble de interés público sobre el que el concesionario realiza su actividad en virtud de un proyecto aprobado por la Administración y que es controlado y tutelado por ésta, sin que necesariamente deba incluir en su objeto para ser contrato de concesión de obra pública la obligación de realizar y entregar la obra (Emb. 2003:64 y 65).

Entrando en otras consideraciones, los contratos de concesión de obras públicas necesitaban como anteriormente se ha señalado, una mayor apertura del concepto y no solo poder tener como objeto la relación sucinta del artículo 120 del TRLCAP, por lo que la nueva Ley añade en el artículo 220.1 que se incluirán en el objeto de los contratos de concesión aquellas que en general “*sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general*”.

2. EL RIESGO CONCESIONAL

El principio de riesgo y ventura de la construcción, conservación y explotación de las obras públicas se constituye como un elemento de identidad de la figura concesional que debe ser conciliado con el interés privado, sin que el riesgo sea tan elevado que suponga un impedimento a la atracción de la iniciativa privada hacia el contrato de concesión de obras públicas, sobre todo en aquellos de larga duración.

La Ley establece con carácter general dicho principio, si bien la Administración actúa como amortiguador moderando los límites del riesgo como en casos de fuerza mayor. El riesgo supone una de las notas de la nueva Ley, en lógica consonancia con las exigencias derivadas de la doctrina y conclusiones de la Comisión Europea expresada en su Comunicación Interpretativa 2000/C 121/02³⁴.

³² Art. 120 del TRLCAP.

³³ Y ni siquiera es necesaria dicha construcción cuando hablamos de la modalidad de contrato de concesión de obra pública cuando esta solo consiste en la explotación de una obra pública preexistente.

³⁴ DOCE de 29 de Abril de 2000.

<< (...) En conclusión, al derecho de explotación va unida la transferencia al concesionario de los riesgos resultantes de esa misma explotación (...). Si los poderes públicos asumen las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando, por ejemplo, el reembolso de la financiación, faltaría el elemento de riesgo. En este caso, la Comisión considera que se trata de un contrato público de obras y no de una concesión >>

La Comisión entiende que soportar el riesgo es lo que distingue a una concesión, que en nuestro derecho sería el equivalente al contrato de concesión de obras públicas de la nueva Ley, del contrato de público de obras, que se correspondería con el contrato de obras regulado en el Título I del Libro II del TRLCAP.

3. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO

Uno de los efectos distorsionadores de los Pliegos de condiciones ha sido desnaturalizar el equilibrio económico-financiero por interpretaciones favorables al contratista, lo que ha llevado a su vez en muchas ocasiones a la desnaturalización del propio principio de riesgo y ventura, haciendo perder a la institución concesional su sentido y credibilidad.

En este sentido, la Ley establece como guía de equilibrio los términos considerados en la adjudicación, pero se advierte la necesidad de cierta flexibilidad por cuanto pueden afectar al equilibrio extremos como la posibilidad de que la Administración modifique unilateralmente por razones de interés público (ius variandi) las condiciones de explotación, se produzcan casos de fuerza mayor, actuaciones de la Administración que afecten a la economía del contrato o cuando se produzcan supuestos establecidos en el propio contrato para su revisión.

En dichos casos se procede a la revisión de dicho equilibrio a través de las tarifas, la duración de la explotación o modificaciones en las cláusulas de contenido económico. Además los pliegos de condiciones particulares deben recoger los supuestos de revisión de precios durante la ejecución de las obras y de actualización de los costes durante la explotación.

Hay que destacar que las tarifas fijadas en el acuerdo de adjudicación tienen el carácter de máximas, dejando libertad al contratista para establecer tarifas menores que puedan ayudar a la consecución de estrategias de mercado. En este sentido la Administración en casos excepcionales podrá otorgar ayudas que ayuden a la promoción de la utilización de la obra pública, antes de que la explotación alcance el umbral mínimo de rentabilidad.

Respecto a las ayudas que otorgue la Administración, además de las ya citadas se prevé la posibilidad de que se otorguen subvenciones al precio, anticipos reinte-

grables y prestamos participativos cuando se prevea que sean necesarios para garantizar la viabilidad económico-financiera de la concesión.

Por otro lado, las tarifas podrán ser revisadas en función de la incidencia en los rendimientos de la demanda que hayan sido establecidos en el Plan económico-financiero, es decir, se establece contractualmente que cuando no se alcance el umbral mínimo de rentabilidad o por el contrario cuando los beneficios derivados de una utilización de la obra pública sean superiores a los esperados según dicho Plan, procederá la revisión de las tarifas en el sentido correspondiente.

De esta forma se asegura que la empresa concesionaria tenga una justa retribución de su actividad y del riesgo que soporta, previendo incluso que solvente en determinada medida las posibles pérdidas que pueda sufrir y por otro lado, que tampoco tenga un beneficio desproporcionado que viene a ser soportado en última instancia por usuario que es quien corre con la financiación total o parcial de la inversión realizada y cuyo gasto por ser usuario de la obra pública debe ser razonable, tanto por el carácter de la obra de interés público, como por las estrategias de la propia empresa concesionaria a la que también perjudicaría unas tarifas privativas que hiciesen descender el número de usuarios.

En general todas estas previsiones tratan de hacer compatible el interés público de la Administración con el interés privado, ya que sin perder de vista el principio de riesgo, hay una previsión suficiente que garantiza solventar la rotura del equilibrio económico del contrato, tanto a favor como en perjuicio del concesionario, evitando inseguridad para el contratista y para aquellos terceros que hayan aportado su capital para la financiación de la infraestructura, y asegurando que los beneficios que se obtengan no rebasen lo razonable.

Por otro lado, hay que analizar la dimensión temporal a la hora de estudiar dicho equilibrio, a este respecto nos volvemos a remitir a la Comunicación Interpretativa 2000/C 121/02 de la Comisión Europea que nos da una medida de criterio respecto al principio de proporcionalidad que debe regir a las concesiones públicas y que ha sido construido por el sistema jurisdiccional de las Comunidades Europeas.

<< El principio de proporcionalidad requiere también que se concilien competencia y equilibrio financiero. De este modo, la duración de la concesión debe fijarse de manera que no restrinja o limite la libre competencia más allá de lo necesario para garantizar la amortización de las inversiones y una remuneración razonable de los capitales invertidos³⁵, aun manteniendo para el concesionario el riesgo inherente a la explotación >>

³⁵ Véase a este respecto sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 1999, asunto T-266/97: Vlaamse Televisie Maatschappij NV, apartado 108.

Esta exigencia en relación al equilibrio financiero tiene su materialización en el nuevo artículo 263 del TRLCAP que establece los plazos de las concesiones, así fija como máximos 40 años en la modalidad de construcción y explotación y 20 años para la mera explotación de la obra pública.

Pero lo interesante respecto al equilibrio financiero en el ámbito temporal son dos aspectos: por un lado la exigencia de justificación expresa en el pliego de condiciones administrativas particulares cuando la explotación se establezca para un plazo mayor a los 15 años; y por otro el establecimiento de nuevos límites, uno de 60 años y de 25 años para cada modalidad respectivamente, cuando se opte por la prórroga como vía de restablecimiento del equilibrio económico.

4. DIVERSIFICACIÓN DE LA FINANCIACIÓN

La nueva Ley amplía el elenco de mecanismos que faciliten la financiación por parte del capital privado desde el propio momento de la perfección del contrato, pudiendo ser objeto de negocios jurídicos patrimoniales como la cesión e hipoteca. Permite la financiación por entidades de crédito, así como la emisión de obligaciones y bonos y la titulación de los derechos de crédito tanto de la explotación de la obra, como de las zonas complementarias de la concesión de carácter comercial, dejando por otro lado la posibilidad a otros medios de financiación no previstos en la Ley previa autorización del órgano de contratación.

Además hay que destacar que la apertura de la sociedad concesionaria al mercado de capitales, se ve reforzada por la posibilidad de que exista un aval público en aquellos casos en que el interés público así lo aconseje y por la existencia de un sistema de garantías para los poseedores de títulos y acreedores hipotecarios; lo que en general supone reforzar la seguridad jurídica y posibilitar certidumbre a los inversores respecto a la recuperación de su inversión.

No obstante hay que observar como mantiene Ruiz Ojeda (2002), que el establecimiento de tantas garantías a quienes prestan su inversión al concesionario, supone “que el afianzamiento le sale gratis” y en consecuencia ello desvirtúa el principio del riesgo que debe regir en el contrato; además en último término la deuda del concesionario es desde la perspectiva financiera una carga de la Administración.

Por otro lado, en la práctica se ha demostrado que muchos problemas para la finalización de obras de infraestructuras se han debido a la falta de liquidez de los contratistas, originada a su vez por falta de pagos que deben realizar las Administraciones Públicas. Para solventar este problema, el Derecho Comunitario ha adoptado la Directiva 2000/35/CE³⁶ con la que se pretende luchar contra la

³⁶ Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de junio de 2000 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Diario Oficial n° L 200 de 08/08/2000

morosidad, pero la Ley 13/2003 nos brinda una solución alternativa al problema según Vázquez (2002) permitiendo la titulización de los créditos derivados de la concesión.

a Emisión de títulos y obligaciones, así como préstamos participativos

La emisión de títulos y obligaciones estará sujeta a la Ley del Mercado de Valores³⁷ que podrán establecerse en mercados nacionales e internacionales, con la restricción de que su vencimiento sea anterior a la finalización de la concesión.

Como antes se citaba, Vazquez señala que la novedad consiste en que los tenedores de títulos poseen los mismos derechos que los acreedores hipotecarios, cierto es que los títulos negociables a los que se incorporen derechos de crédito del concesionario se benefician de tales derechos y se mantienen ajenos al riesgo de los procedimientos de quiebra, al menos en las mismas condiciones que el acreedor hipotecario al ocupar el mismo lugar en la prelación de acreedores.

Estos títulos que incorporan derechos de crédito y que se regulan en el nuevo artículo 254, representan una participación en los derechos de crédito del concesionario, consistentes en el cobro de las tarifas, los ingresos de la explotación de los elementos comerciales relacionados con la explotación o los correspondientes a las aportaciones que deba realizar la Administración.

Respecto a los préstamos participativos, con ellos el acreedor de estos contratos tendría derecho a participar en los ingresos del concesionario. Por regla general no se admitirían préstamos participativos de entidades públicas salvo en excepciones.

b La Hipoteca de la concesión

Ésta solo podrá garantizar los créditos derivados de la concesión, restringiendo que el concesionario pueda hipotecar la misma para negocios ajenos y debe contar con la autorización previa de la Administración contratante.

La hipoteca además establece mecanismos de garantía adicionales a los previstos en la Ley Hipotecaria³⁸ y una serie de derechos al acreedor hipotecario, de forma que se articulan distintas vías alternativas para cobrar las cantidades debidas sin necesidad de ejecutar la hipoteca, como la percepción de una parte de los ingresos de la concesión para amortizar la deuda o la obtención de los derechos de explotación de las zonas complementarias de explotación comercial si éstas existiesen.

³⁷ Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores.

³⁸ Decreto de 8 de febrero de 1946.

También se contemplan mecanismos para evitar que se produzcan deterioros de la concesión hipotecada por causa imputable al concesionario y posibilidad de subrogación del acreedor hipotecario en el contrato de concesión cuando se vaya a proceder a la resolución de la concesión por incumplimiento de las obligaciones del concesionario.

Respecto a la ejecución de la hipoteca se refleja que el adjudicatario ocupará la posición del concesionario en el mismo, por lo que previamente para participar en el procedimiento de ejecución hipotecaria deberá recibir la autorización administrativa oportuna. En caso de que la subasta quedase desierta y el acreedor no ejerciese el derecho preferente que le reconoce la Ley Hipotecaria, la Administración podrá acordar el secuestro de la concesión procediendo de nuevo a la licitación de la misma o la resolución del contrato mediante el pago de las correspondientes indemnizaciones, lo que en sí supone una salvaguarda de la Administración para que se ejecute el objeto del contrato.

Por otro lado en caso de existir cargas o derechos sobre la concesión inscritos en el Registro de la Propiedad, su cancelación requerirá el depósito previo de las indemnizaciones estipuladas por la Ley por parte de la Administración, lo que supone una garantía más a los terceros que aportan financiación a la concesión.

V MODALIDADES DE LA CONSTRUCCIÓN Y REMUNERACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS Y DE SU CONTRATO DE CONCESIÓN

1. LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

Con la entrada en vigor de la Ley 13/2003, la financiación y construcción de obras públicas ha quedado articulada a través de tres vías fundamentales:

a.. La propia modalidad establecida por la Ley 13/2003 por la que se establece la concesión de la construcción y explotación³⁹ a la iniciativa y capital privado bajo la atenta tutela y control de la Administración. Además es necesario precisar que también se establece en esta modalidad la posibilidad de que sea obligatoria la realización de obras que sin ser referidas al objeto específico de la concesión, están vinculadas a ellas.

b. Construcción de obras públicas mediante el contrato de obras ordinario previsto en el Título I del Libro II del TRLCAP cuyo pago se realiza con cargo a los fondos públicos estatales, autonómicos y/o locales y con la posibilidad de estar complementados por fondos de la Unión Europea.

³⁹ El nuevo artículo 220 del TRLCAP también establece la modalidad de concesión de la mera “explotación” de obras públicas, que exime pues el elemento de la construcción de las obras públicas.

c. Construcción de obra pública bajo la modalidad de abono total del precio con financiación previa del contratista y posterior pago de la Administración⁴⁰.

2. LA EXPLOTACIÓN Y REMUNERACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

Una vez definidas las tres formas que actualmente posee la Administración para la construcción de obras públicas, podemos observar con claridad la diferencia entre ellas, destacando que la nota diferenciadora del contrato de concesión de obras públicas en lo relativo a construcción de las mismas tal y como se expresa en la Ley, es junto a la transferencia o reconocimiento del derecho en favor de un particular para ejercer una actividad reservada a la administración, la posibilidad de su explotación por el concesionario. La Comunicación Interpretativa sobre las concesiones en Derecho Comunitario 2000/C 121/02 de la Comisión Europea expresa en ese mismo sentido que la retribución al contratista mediante la posibilidad de explotación del objeto de la concesión es lo que la distingue de otras figuras.

<< Resulta de esta definición que la principal característica distintiva del concepto de concesión de obras es que otorga el derecho de explotación de la obra como contrapartida de la construcción de la misma; este derecho de explotación puede también estar acompañado de un precio >>

Lo expuesto en la Comunicación Interpretativa citada es la reiteración de la definición dada anteriormente por el artículo 1.d de la Directiva 93/37/CEE de 14 de junio de 1993 del Consejo, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras. Por tanto la concesión se configura por tener el mecanismo de explotación del objeto de la concesión como método de remuneración al particular por el cumplimiento del objeto del contrato, bien cuando se trata de la construcción y explotación de la obra pública o bien la mera explotación de la misma.

No obstante, la remuneración del particular a través de la explotación de la obra pública se ve matizada por el artículo 225 de la Ley, que dota de gran flexibilidad las posibilidades de remuneración, estableciendo que la misma podrá realizarse directamente por el precio que abone el usuario o la Administración por la utilización de la obra, por los rendimientos procedentes de la explotación de la zona comercial y, en su caso, por la propia Administración de acuerdo con lo previsto por la propia Ley⁴¹.

⁴⁰ Modalidad contractual prevista en el artículo 147 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden de Ley.

⁴¹ Entre ellas están las citadas subvenciones, anticipos y préstamos para garantizar la viabilidad económico-financiera de la concesión (art. 247.a), las ayudas excepcionales para promocionar la utilización de la obra (art. 247.b) o aportaciones públicas para la ejecución de la obra (art. 245) que pueden consistir en aportaciones dinerarias o no dinerarias otorgadas por la Administración contratante y/o por otras Administraciones interesadas que lo establezcan por el correspondiente convenio.

3. LAS MODALIDADES DE EXPLOTACIÓN DE LAS OBRAS PÚBLICAS

El artículo 220 define dos modalidades básicas del contrato de concesión de obras pública, bien la “construcción y explotación, o solamente la explotación” de las obras referenciadas en el artículo 120 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas⁴², es decir del objeto del contrato de obras regulado en el Título I. No obstante podemos distinguir hasta cinco modalidades diferentes si incluimos tres figuras asociadas a las básicas.

a. La modalidad de construcción y explotación

Recogería las tareas tradicionales de proyección y ejecución de las obras, junto con conservación, reposición y reparación de las mismas, estableciéndose su remuneración mediante la explotación de la obra pública y otras vías mixtas establecidas por la Ley.

b. La modalidad de la explotación de obra pública preexistente

Esta modalidad es una novedad y además la posibilidad de que el objeto del contrato sea solo la explotación es algo cada vez más importante, dada la necesidad creciente de asegurar la gestión y conservación de las obras públicas como garantía del mantenimiento de su calidad y seguridad.

Desde el punto de vista de la coherencia legislativa, alejándonos de cualquier aspecto económico, observamos una contradicción absoluta en varios aspectos tratados por la Ley, porque por un lado se acerca a las interpretaciones establecidas por la Comunicación Interpretativa comunitaria muy citada ya en este artículo, pero por otro al articular esta modalidad de la mera explotación, a tenor de las interpretaciones de la Comisión se está caminando en dirección totalmente opuesta⁴³.

<< Por el contrario, un contrato de concesión que implique la realización de obras solo con carácter accesorio, o que se refiera solamente a la explotación de una obra existente, se interpreta como concesión de servicios >>

Además la nueva Ley 13/2003 incrementa así la confusión entre los tipos de contratos respecto al panorama comunitario en aspectos que, si cabe, son mucho más sustanciales, porque incluye esta modalidad de “solo explotación” en un tipo

⁴² Es necesario matizar como ya se señaló, que con la nueva Ley se añaden también aquellas obras susceptibles de explotación que “*sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades económicas de interés general*”.

⁴³ No debemos olvidar que el legislador español, al margen de la poca oportunidad que ha tenido al no seguir las interpretaciones comunitarias en este sentido, cabe mencionar que la configuración del contrato de concesión de obras públicas en estas dos modalidades como un contrato propio es una ordenación positiva para un tipo de contrato sustantivo y que su choque con las interpretaciones comunitarias puede deberse precisamente por ir por delante con esta innovación.

de contrato de concesión en el que teóricamente no debería estar⁴⁴ y ello en el futuro podrá tener consecuencias jurídicas importantes e incluso posiblemente el Estado español se podría ver obligado a modificar la normativa en no muchos años por exigencias comunitarias.

<< Dichos preceptos (refiriéndose a las Directivas sobre obras y sobre servicios) fueron interpretados por el Tribunal de Justicia, en el asunto Gestión Hotelera Internacional, en el sentido de que cuando las obras (. . .) sólo tienen un carácter accesorio en relación con el objeto principal de la licitación, la totalidad de esta licitación no puede calificarse de contrato público de obras (...)⁴⁵ >>

En este punto recordamos que el juez español se configura como parte del sistema jurisdiccional comunitario y que en caso de incumplimiento de la normativa comunitaria, ya establecida en este caso por diferentes directivas sobre obras⁴⁶ y servicios⁴⁷ y ahora interpretadas por la Comisión debería inaplicar la ley nacional para aplicar lo correspondiente en el sentido establecido por la Comunidad Europea⁴⁸.

Por lo que en este caso pueden ocurrir controversias respecto a los contratos de concesión que supongan la mera explotación de obras públicas y que a los efectos comunitarios, sería pues considerado como contrato de servicios y por tanto debería regularse conforme a la normativa sobre este tipo de contratos acorde a la Directiva que para ellos está establecida desde el año 1992.

Por otro lado, esta figura de mera explotación de obras públicas preexistentes abre la posibilidad a lo que en la práctica supone una privatización de las mismas, porque permite que sobre obras públicas ya construidas en las que no se cobran unas tarifas, se establezcan éstas para afrontar los costes de conservación y reparación.

Este aspecto hay que entenderlo en el contexto de una política de gasto en infraestructuras compatible con lo establecido en el Plan de Infraestructuras del Transporte 2000-2007 y la previsión de la paulatina reducción de las ayudas de la

⁴⁴ En el sentido de las interpretaciones de la Comisión Europea.

⁴⁵ Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de abril de 1994 en el asunto C-331/92: Gestión Hotelière (Recopilación, p. I-1329).

⁴⁶ Directiva 93/37/CEE, sobre contratos públicos de obras.

⁴⁷ Directiva 92/50/CEE, relativa a los contratos públicos de servicios.

⁴⁸ Podría darse un caso grave si se apartasen entre sí los resultados exigidos por Directivas sobre contratos de obras y servicios con respecto a lo estipulado en el nuevo Título V del TRLCAP, porque un contrato de concesión de obra pública regulado por el derecho interno podría estar contradiciendo lo estipulado a nivel comunitario, si en realidad debiera haberse guiado por la regulación del contrato de concesión de servicio público.

Unión Europea debido a la ampliación; pero el coste puede ser alto porque de por sí como indica Jiménez Díaz (2003) puede existir resistencia de los usuarios a pagar por el uso de obras públicas a las que estaba acostumbrado a usar gratuitamente y para los que dicho pago solo será admisible si va acompañado de una rebaja impositiva, porque de otra manera sentirá que paga lo mismo por obtener menores prestaciones.

Por este motivo precisamente se polemizó y se produjo la presentación de enmiendas de devolución en fase parlamentaria al proyecto remitido por el gobierno⁴⁹ y el rechazo a otra serie de aspectos por diferentes Grupos Parlamentarios.

c. El contrato de concesión de obras públicas que incluya Zonas Complementarias de Explotación Comercial

En el artículo 223 se establece la posibilidad de incluir las denominadas zonas complementarias de explotación comercial, lo que supone una novedad de la Ley, ya que estarían destinadas a actividades comerciales o industriales que se determinasen convenientes o necesarias para los usuarios en función de la finalidad de la obra pública y que fuesen susceptibles de aprovechamiento económico.

El antecedente de la incorporación de estas zonas a la explotación por parte de la empresa concesionaria, lo encontramos en la Ley 13/1996⁵⁰, que modifica el artículo 8.2 de la Ley 8/1972 relativa al régimen jurídico de la concesión de autopistas incluyendo las mismas en su objeto social.

<< (...) las actividades dirigidas a la explotación de las áreas de servicio de las autopistas cuya concesión ostente, las actividades que sean complementarias con la construcción, conservación y explotación de las autopistas, así como las siguientes actividades: estaciones de servicio, centros integrados de transportes y aparcamientos, siempre que todos ellos se encuentren dentro del área de influencia de dichas autopistas >>

De esta forma se generaliza la posibilidad de una nueva fuente de remuneración al concesionario que podrían explotar económicamente establecimientos de hostelería, zonas de ocio, estacionamientos, locales comerciales, estaciones de servicio y otros establecimientos análogos que sean de interés para los usuarios de la obra.

d. La financiación de obra pública mediante la concesión de dominio público

En este caso estamos refiriéndonos a la construcción y conservación o solo con-

⁴⁹ Véase Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Núm. 250 de 8 de mayo de 2003, págs 12860 y ss. Debate y votación de enmiendas o veto del Senado por el Pleno del Congreso.

⁵⁰ Cit. Ley de acompañamiento de los PGE 1997.

servación de obras públicas bajo una regulación ajena al nuevo Título V del TRLCAP, ya que la misma Ley 13/2003 opera una modificación que afecta a Título I por lo que se aleja del contrato de concesión de obra pública pero que está muy relacionado con ella, porque prevé que cuando una obra pública no pueda ser explotada económicamente, se podrá articular un contrato de ejecución y mantenimiento o solo de mantenimiento de obra pública que sea remunerado mediante una concesión de dominio público en la zona de servicios o en el área de influencia en la que se integra la obra.

Esta modalidad asociada tiene mucha relación con la posibilidad de aprovechamiento económico de las zonas complementarias de explotación comercial ya descritas, observando que la nueva Ley exprime al máximo las posibilidades de explotación de las obras públicas de manera que facilite articular una amplia gama de fórmulas que permitan conciliar la construcción y/o mantenimiento de obras públicas sin coste para la Administración de forma atractiva para la iniciativa privada.

e. La concesión de obras públicas como medio de financiación de obras públicas diferenciadas.

En el artículo 226 se establece esta modalidad que consiste en que el concesionario deba asumir como obligación añadida al contrato, la construcción de obras distintas al objeto de la concesión pero que guardan una especial vinculación con influencia en su explotación.

El antecedente de esta modalidad también lo podemos encontrar en el artículo 8.2 de la Ley 13/1996, pero esta vez por la modificación realizada por la Ley 55/1999⁵¹ que incluye obligaciones similares para el concesionario en relación a infraestructuras viarias distintas al objeto de la concesión.

<< (...) la construcción de aquellas obras de infraestructuras viarias, distintas a las de la concesión pero con incidencia en la misma y que se lleven a cabo dentro del área de influencia de la autopista o que sean necesarias para la ordenación del tráfico, cuyo proyecto y ejecución o sólo ejecución se impongan al concesionario como contraprestación >>

Así pues cuando las obras adicionales guarden relación funcional con el objeto del contrato se podrá obligar al concesionario a que corra con los gastos de su ejecución, bien porque las que se establezcan como diferenciadas sean necesarias para el aprovechamiento de las que son objeto del contrato, o porque a consecuencia de las obras objeto de la concesión vaya a ser necesario realizar otras obras públicas.

⁵¹ Ley 55/1999 de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social. (B.O.E. 30 de diciembre de 1999; corrección de errores B.O.E de 3 de marzo de 2000).

VI. CONCESIONES Y AUTONOMÍA

La nueva Ley se establece con carácter de legislación básica en la mayoría de su articulado, permitiendo una política más coherente en materia de concesiones, pero ello a su vez exige una serie de mecanismos que permitan solventar las posibles des-coordinaciones entre administraciones y las controversias que entre ellas se produzcan.

En este sentido, además de los procedimientos de cooperación establecidos en la normativa estatal y especialmente en la Ley 30/1992⁵², se articulan en las Disposiciones Adicionales Primera y Segunda los instrumentos de planificación y coordinación-colaboración respectivamente, ya que se introducen deberes de recíproca información, así como de colaboración y cooperación mutua en la planificación y construcción de obras públicas.

Sin embargo, la regulación más extensa se hace para los casos de conflicto entre Administraciones, destacando una defensa férrea de las competencias estatales en esta materia, lo que se observa en varios extremos, ya que por un lado basándose en la justificación de que la actuación de las otras Administraciones pueda afectar a la actividad económica general, el Estado puede coordinar los planes de obras públicas autonómicos en razón de su competencia exclusiva sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

En caso de desacuerdo entre Administraciones Públicas, también se establece que serán los planes y proyectos de obras públicas del Estado los que prevalezcan sobre cualquier instrumento de otros niveles de autonomía en lo que se refiere a competencias estatales básicas. Precisamente en la elaboración de esos instrumentos de planificación territorial y urbanística que puedan afectar al ejercicio de las competencias estatales deberá solicitarse informe a la Administración General del Estado que será vinculante.

Para autores como Embid Irujo (2003:185), la regulación de las consecuencias jurídicas del desacuerdo entre Administraciones que hace la Ley 13/2003, viene a suplir para el contrato de concesión de obras públicas la insuficiencia de los preceptos sobre la colaboración y coordinación entre Administraciones contenidos en normas como la Ley 30/1992 o la Ley 7/1985⁵³, que poseen carácter voluntario o no prevén consecuencias jurídicas cuando no se llega a un acuerdo interadministrativo.

Si bien a primera vista, desde el punto de vista de la ordenación jurídica, era necesario el establecimiento de una regulación con carácter general para todas las

⁵² Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

Administraciones Públicas y de los mecanismos que señala Embid Irujo, no lo es tanto desde el punto de vista político, ya que la precisamente este asunto suscitó determinadas enmiendas realizadas en fase parlamentaria, al cuestionar que la regulación que se pretendía hacer respetase realmente la autonomía de los entes locales y de las comunidades autónomas.

Respecto a la colaboración entre diferentes Administraciones para la financiación de un contrato de concesión de obras públicas, cabe recordar que la Ley abre la posibilidad a que mediante convenio pueda participar una Administración distinta a la Administración concedente.

En definitiva, esta Disposición Adicional Segunda, acompañada con el carácter básico de casi toda la Ley y de la posibilidad que abre a tener el mismo carácter a una posible Ley que la desarrolle, según las Disposiciones Finales Primera y Segunda, muestran como se adelantó anteriormente, un gran empeño en salvaguardar y sobreponer para la competencia estatal al máximo nivel posible la actuación en materia de obras públicas y de su concesión.

VII. LA CLÁUSULA DE PROGRESO

La cláusula de progreso se configura como una exigencia de la Ley a las nuevas posibilidades que el avance de la sociedad brinde a la configuración de las obras públicas. De esta forma, contempla que el contenido del contrato comprende la adecuación, reforma y modernización de las obras de acuerdo con las exigencias económicas y sociales (art. 221.1c. y d.), a lo que estará obligado el concesionario.

Respecto al uso y conservación de la obra también se especifica (art. 244.4) que ésta deberá mantenerse en cada momento y según el progreso de la ciencia de conformidad con “la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación”.

Así pues obliga al concesionario a establecer todas aquellas innovaciones y actuaciones derivadas del cambio social, económico y normativo, es decir, la incorporación de las mejores prácticas posibles en ámbitos en los que la sociedad es cada vez más sensible como es en el medioambiente u otros que conllevan una gran atención social como es la seguridad; buscando en todo caso que el concesionario deba responder durante la vida de la concesión con los mayores estándares de calidad que puedan ser exigidos en cada momento.

⁵³ Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Cabe decir que el antecedente de esta “cláusula de progreso”, lo encontramos en la Ley 55/1999⁵⁴, en cuyo artículo 60 regula el contrato de servicios de gestión de autovías como nueva modalidad del contrato de servicios, obligando al concesionario a modernizar y reformar las infraestructuras para adaptarlas a la correcta prestación del servicio (Menéndez. 2001).

VIII. CONCLUSIONES

La Ley 13/2003 de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas es una norma cuya promulgación era necesaria y que viene a actualizar, completar y ordenar el régimen jurídico de un veterano tipo de contrato sobre concesión de obras públicas, clarificando su diferenciación respecto a los contratos de obras y los contratos de servicios.

No obstante la inclusión de la modalidad de la mera explotación de obra pública desluce este objetivo y arroja dudas sobre la futura vigencia de la nueva Ley, por cuanto no se adapta a las interpretaciones comunitarias, y la experiencia demostrada en leyes sectoriales como la de autovías de peaje e incluso en la LCAP, muestra que las modificaciones han sido frecuentes en la materia, utilizando para ello en muchos casos las leyes de acompañamiento de los presupuestos generales del Estado.

La Ley se centra sobre todo en el aspecto de la explotación de la concesión y configura en todo momento mecanismos tendentes a asegurar la concurrencia de licitadores e inversionistas que ayuden a financiar las obras públicas, para lo que esgrime un abanico de garantías y diversifica las fuentes de financiación del concesionario, guardando aparente proporcionalidad en la caracterización del principio de riesgo y en el equilibrio económico-financiero, que dotan al contrato sobre todo de seguridad al establecer colchones frente a posibles situaciones de pérdidas tanto del concesionario como de los inversores, pero también de equidad porque limita la obtención por parte del concesionario de beneficios extraordinarios.

La cláusula de progreso, las zonas complementarias de explotación comercial y otra serie de novedades que han sido objeto del presente artículo de forma sucinta, suponen innovaciones que, si bien no parece que vayan a solucionar las insuficiencias estructurales que posee la legislación de contratos administrativos, que precisan modificaciones constantemente, al menos ha recogido las últimas innovaciones y fórmulas exitosas incorporadas en leyes sectoriales⁵⁵.

⁵⁴ Cit. Ley de acompañamiento de los PGE 2000.

⁵⁵ A este respecto citamos que las leyes de acompañamiento de los PGE han ido operando cambios en algunas leyes sectoriales incorporando aspectos que a su vez han sido asumidos por la Ley

En definitiva, tras un largo recorrido desde que el contrato de concesión de obras públicas fue positivado en el Siglo XIX, finalmente se configura como contrato propio en la Ley 13/2003, incorporándose así a los ya existentes en el TRLCAP como contrato típico propio cuyas peculiaridades demandaban un tratamiento y régimen diferenciado.

IX. FUENTES

ÁLVAREZ-CASCOS, Francisco. 2001. Intervención del Ministro de Fomento en el Acto Conmemorativo del 150 aniversario del Ministerio de Fomento. Madrid, 22 de octubre de 2001. Disponible en <http://www.mfom.es>

BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Ángel. 2000 (et. al.). “Contratos de las Administraciones Públicas: comentarios al texto refundido de la Ley”. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. Madrid.

CUELLAR VILLAR, Domingo. 2001. Las carreteras en el sureste andaluz (1850-1940): organización del territorio y formación de capital. Comunicación presentada al Tercer Congreso de Historia de Andalucía. Córdoba. Abril, 2001. Publicada en el Boletín de la Asociación de Geógrafos Profesionales de Andalucía Número 8. Junio de 2001. Disponible en <http://www.agpa.arrakis.es>

GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael. 1996. “El Contrato de Obras, la Concesión de Obras Públicas como Contrato” en Gómez-Ferrer Morant, Rafael (dir.) “Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”. Ed. Civitas. Madrid. Pags 603-646.

EMBED IRUJO, Antonio. 2003 (et. al.). Comentarios a la Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra).

JIMÉNEZ DÍAZ, Andrés. 2003. Artículo titulado “La nueva Ley de concesión de obras públicas”. Revista 5 días. 8 de agosto de 2003.

LÓPEZ PELLICER, José A. 1998. Lecciones de Derecho Administrativo (II.1). Actividades Administrativas: Policía, Fomento, Servicios y Obras Públicas. Murcia. Diego Marín Librero-Editor.

13/2003, tales como la cláusula de progreso, la concesión de obras públicas como medio de financiación de obras públicas diferenciadas o la inclusión de las Zonas Complementarias de Explotación Comercial.

MARÍN CASTÁN, Fernando. 2002. Ponencia titulada “El Proyecto de Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas”. Foro USA /España sobre Financiación de Vivienda y Transporte. 18-19 noviembre de 2002. Washington D.C. Disponible a través de <http://www.foroinfra.com/>

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Adolfo 2001. Ponencia titulada “La financiación de las Infraestructuras: el nuevo régimen concesional de las obras públicas en España”. Jornadas sobre la Política de Infraestructuras del Ministerio de Fomento. Colegio de Ingenieros de Caminos Canales y Puertos. Foro de Infraestructuras. Madrid. Disponible a través de <http://www.foroinfra.com/>

MORANT VIDAL, Jesús. 2002. Artículo titulado “Los Contratos Administrativos II. El contrato de obras”. Portal Noticias Jurídicas. Octubre de 2002. Disponible a través de <http://noticias.juridicas.com>

PAREJO ALFONSO, Luciano. 1998 (et. al) “Manual de Derecho Administrativo”. Vol. II. Barcelona. Ariel Derecho.

PLAN DE INFRAESTRUCTURAS DEL TRANSPORTE 2000 – 2007. Ministerio de Fomento. Disponible en <http://www.mfom.es/>

RUIZ OJEDA, Alberto. 2002. Artículo titulado “Apuntes críticos sobre el proyecto de Ley Básica” en Revista de Obras Públicas del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos. Monográfico sobre el Nuevo Sistema Concesional. Núm 3425. Año 149. Octubre de 2002. Edición digital disponible a través de <http://www.ciccp.es/>

VAZQUEZ, Jorge. 2002. Artículo titulado “El nuevo proyecto de Ley de Concesiones: una ventana a la financiación privada de obras públicas”. Portal Noticias Jurídicas. Noviembre de 2002. Disponible a través de <http://noticias.juridicas.com>.

