

Las infraestructuras en España: un reto para el nuevo milenio

Gaspar Ariño Ortiz

Doctor en Derecho

Catedrático de Derecho Administrativo

José Luis Villar Ezcurra

Doctor en Derecho

Prof. Titular de Derecho Administrativo

RESUMEN

Partiendo de la evolución que ha seguido hasta el presente la consideración jurídica de la Obra Pública, este artículo describe lo que serían las líneas básicas del nuevo marco legal de la construcción, financiación y gestión de las infraestructuras. Este nuevo marco tendría como finalidad completar y racionalizar las distintas fórmulas existentes actualmente y dar mayor seguridad jurídica al capital privado para la inversión en infraestructuras, potenciando la figura concesional.

ABSTRACT

As a result of the developments seen to date with regards to the legal format of Public Works, this article gives an outline of the new legislative framework with regards to the construction, financing and administration of infrastructure. This new framework will aim to supplement and rationalize the different formulas which exist today and will provide greater legal security to private capital for investment in infrastructures and promote the concessionary nature of the same.

1. INTRODUCCIÓN

En los umbrales de un nuevo siglo, cuando nuestro país se plantea la necesidad de hacer frente a un déficit secular en materia de infraestructuras para hacer real la convergencia de nuestra economía con la del resto de países que integran la Unión Europea, bueno será poner de nuevo la vista en este viejo tema de la configuración jurídico-administrativa de las obras y servicios públicos que alcanzó su plasmación en nuestro Derecho hace más de un siglo –en nuestra venerable Ley General de Obras Públicas, de 1877- que hoy necesita una revisión a fondo. Se trata, con ello, de aprovechar un horizonte de crecimiento muy favorable en nuestra economía, para transformar y renovar lo que, en buena medida, constituye el “armazón” de todo Estado moderno: las redes de comunica-

ciones y transporte, las obras hidráulicas y de abastecimiento, las infraestructuras portuarias y aeroportuarias, por citar sólo algunos ejemplos más llamativos que están en la mente de todos.

Es cierto que, a lo largo de los últimos años, el Estado se ha esforzado en promover la construcción de infraestructuras básicas, pero hoy estamos en condiciones de dar un salto hacia adelante, porque se abre una nueva etapa en la que, al esfuerzo de las Administraciones públicas, debe unirse la iniciativa privada, capaz de construir, financiar y gestionar las obras y servicios públicos que nuestro país demanda en estos momentos. A este respecto, debe tenerse en cuenta que las economías externas generadas por estas inversiones son cuantiosas y se difunden por todo el territorio nacional, beneficiando a todos los agentes económicos y sociales, haciendo realidad el

equilibrio territorial y contribuyendo a la cohesión social. Existe hoy un alto grado de consenso, apoyado por la evidencia empírica, sobre el efecto positivo de estas inversiones en la productividad de cualquier economía (especialmente en lo que se refiere a las infraestructuras del transporte)².

En este contexto, el objeto del presente estudio no es tanto poner de manifiesto la imperiosa necesidad de impulsar e incrementar las inversiones en materia de infraestructuras, sino sobre todo, ofrecer una reflexión que permita superar el sistema conceptual, jurídico y administrativo, que a veces actúa como un obstáculo para su realización³.

Porque, en efecto, las inversiones previstas son considerables y reflejan dos cosas que ahora parece oportuno destacar. En primer lugar, que la cantidad prevista para la iniciativa privada es muy elevada y, presumiblemente, solo podrá alcanzarse si se crea un marco jurídico apropiado que proporcione incentivos y seguridad, lo cual dista mucho de ser la situación actual. En segundo término, que la nueva normativa de los Fondos Europeos otorga preferencia a aquéllos proyectos en los que se da entrada al capital privado mediante fórmulas mixtas de financiación.

Todo apunta, por tanto, hacia un mayor y necesario protagonismo del capital y de la iniciativa privada para acometer los proyectos previstos en materia de infraestructuras, porque ya ha pasado la hora de que solo sean financiados con cargo a los caudales públicos. También ha pasado la hora de la "ingeniería presupuestaria" puesta en marcha a raíz de los criterios de convergencia de 1996, que en aquel momento cumplió su papel, permitiendo que no disminuyese en exceso la inversión pública, acudiendo a nuevas fórmulas de financiación diferida⁴ que no se pueden perpetuar. Tampoco se debe abusar, en nuestra opinión, de esa fórmula de acudir a sociedades instrumentales para esta finalidad (como hicieron algunas Comunidades Autónomas)⁵. De lo que ahora se trata es de diseñar un sistema estable de actuación equiparable al de los países más punteros del mundo que permita incorporar el capital privado a estas tareas. Y si para contar con el capital privado es preciso renovar conceptos —especialmente en lo que concierne a las fórmulas de gestión y de financiación— habrá que renovarlos, porque de nada sirven las categorías si dejan de responder a la realidad de las cosas y a las exigencias del tiempo en el que deben ser aplicadas.

Pues bien, ya es hora de decir que el sistema tradicional español se encuentra lastrado por la propia concepción de lo que se entiende por "obra pública", tanto en cuanto a su naturaleza jurídica como en cuanto a su construcción, financiación y gestión. Las "obras públicas" se conciben como bienes demaniales (así lo sostiene nuestro Código Civil) y, por ende, como "res extra commercium" lo cual lleva aparejada su inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad. La finalidad que con ello se perseguía era la de dotar a estos bienes de un régimen especial de protección frente a los particulares y de ahí que se tomasen como referencia las categorías inicialmente

acuñadas por el Derecho Romano para plasmarlas en nuestro Código Civil tras un largo y tortuoso proceso sobre el que existe una abundante bibliografía⁶. Sin embargo, esta finalidad de protección hará que las obras públicas resulten muy poco permeables al capital privado y que éste se aleje de su financiación, que correrá siempre a cargo del Erario público salvo en muy contados supuestos (entre los que cabe destacar el ferrocarril).

De esta forma, el régimen de construcción, financiación y gestión de las obras públicas seguirá el modelo del contrato tradicional de obras con previa existencia de crédito presupuestario y abonos mensuales al contratista mediante certificaciones a cuenta durante el período de su ejecución. Se impondrá, de ordinario, el viejo sistema de la "contrata" frente a la ejecución "por empresa" de la que ya trataba la vieja Instrucción de Obras Públicas de 1845, con un efecto "perverso" del que ahora conviene tomar buena nota. Porque, en efecto, una vez construida y pagada la obra al contratista, será la propia Administración la que deba hacerse cargo de su mantenimiento y conservación lo cual deparará una vida muy corta a las obras así realizadas. Y es que si las obras públicas deben estar constantemente haciéndose y rehaciéndose se convierten en una eterna "tela de Penélope" de la que no salen ciertamente beneficiados ni los usuarios ni las Administraciones públicas que tienen que hacer frente a los ingentes y continuos gastos que comporta todo este proceso. Este es el sistema que se recoge en toda nuestra legislación sobre contratación, desde la LCE de 1965 hasta la vigente LCAP de 1995⁷, sin que exista realmente en ella una regulación de la fase de explotación y gestión de las obras públicas.

Finalmente, sin que ello suponga cerrar el catálogo de reformas que deben llevarse a cabo, es necesario, a nuestro juicio, prestar atención a los mecanismos de financiación "externa" de quienes acometen la construcción de las obras públicas, especialmente en el caso de que sean retribuidos con su explotación. Para que el binomio "construcción-explotación" pueda ser aplicable hay que buscar el dinero allí donde realmente está (instituciones financieras, mercados de capitales, ahorro privado) porque solo por esta vía podrán anticiparse los recursos suficientes para hacer frente a la construcción de las infraestructuras. El empresario que asume la construcción de una obra carece casi siempre de recursos propios para hacer frente a su financiación, ya que sólo recuperará su inversión a lo largo de la fase de explotación (que será tanto más larga cuanto mayor haya sido la envergadura de la inversión). Debido a ello, necesitará acudir al mercado de capitales para anticipar los recursos necesarios; y ese mercado únicamente reaccionará ante una perspectiva razonable de seguridad que, actualmente, no proporciona nuestro Ordenamiento jurídico, anclado como está en aquella concepción decimonónica de cuanto concierne a la gestión y explotación de las obras públicas⁸.

Como puede verse son muchas las cosas que se pueden y se deben hacer en relación con la construcción, financiación y

gestión de las infraestructuras si se quiere aprovechar el momento “dulce” por el que atraviesa nuestra economía solventando, así, una de las asignaturas pendientes. Los poderes públicos son conscientes de ello, los agentes económicos se encuentran dispuestos y solo son necesarias dos cosas: acertar con las medidas que deben ser implantadas y tener la voluntad política para ponerlas en práctica porque la suerte está echada. O se acometen ahora las reformas o, nuevamente, se deja pasar el tren, ignorando cuando llegará el próximo, con el riesgo de alejarnos, cada vez más, de los países que deben servirnos de modelo de referencia. En las líneas que siguen se tratará, de una forma pragmática, de algunos aspectos básicos que deberían ser tenidos en cuenta en una futura regulación del tema.

2. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS INFRAESTRUCTURAS

A) LAS OBRAS PÚBLICAS EN EL SIGLO XIX

La única definición genérica de este concepto se encuentra en la Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 –dictada al amparo de la Ley de Bases de Queipo de Llano– en cuyo artículo 1º se establecía lo siguiente:

“Para los efectos de esta Ley, se entiende por obras públicas las que sean de general uso y aprovechamiento, y las construcciones destinadas a servicios que se hallen a cargo del Estado, de las provincias y de los pueblos.

Pertenecen al primer grupo: los caminos, así ordinarios como de hierro, los puertos, los faros, los grandes canales de riego, los de navegación y los trabajos relativos al régimen, aprovechamiento y policía de las aguas, encauzamiento de los ríos, desecación de lagunas y pantanos y saneamiento de terrenos. Y al segundo grupo: los edificios públicos destinados a servicios que dependan del *Ministerio de Fomento*.”

Esta definición –y en general, toda la Ley– nada decía acerca del carácter demanial o no de las obras públicas y será el Código Civil de 1889 el que se decante por atribuirles naturaleza demanial utilizando para ello un triple criterio (artículo 339): el destino al *uso público*, al *servicio público* o al *fomento de la riqueza nacional*. Dejando aparte este último concepto (ceñido a las *obras de defensa del territorio*) la naturaleza demanial de las obras públicas ofrecía pocas dudas en la medida en se remitía a otros dos conceptos con los que aquéllas siempre estuvieron relacionadas. Si la obra da lugar a la prestación de un servicio público o es destinada al uso público queda automáticamente encuadrada como bien demanial, siendo absolutamente indiferente que sea explotada por la Administración o por un particular. A estos efectos, el artículo 53 de la LOP de

1877 ya preveía la construcción y explotación de las obras públicas por los particulares en los siguientes términos:

“Los particulares y Compañías podrán también construir y explotar obras públicas destinadas al uso general y las demás que se enumeren en el artículo 7º de esta Ley, mediante concesiones que al efecto se les otorguen”

Con ello se recogía el denominado sistema de “*ejecución por empresa*” de la Instrucción de Obras Públicas de 10 de octubre de 1845 frente a la “*ejecución por contrata*”. Se daba entrada también a un nuevo concepto como era el de las obras ejecutadas por particulares, de interés privado con subvención o sin ella, o con ocupación de dominio público o sin ella¹⁰. La legislación sectorial de esta misma época (último tercio del XIX) acabará complicando las cosas al vincular la obra pública con el servicio general frente a las llamadas “*obras de servicio particular*”, de tal suerte que los conceptos de *obra pública*, *servicio público* y *demanio* quedarán indisolublemente unidos dando lugar a confusiones que han perdurado hasta nuestros días. Esto hará decir a Villar Palasí que “*en los inicios de nuestro Derecho administrativo, dominio público, obra pública y servicio público son técnicas de mutuo apoyo y de igual cobertura que solo cobran independencia al ir logrando sustantividad en los comienzos de nuestro siglo*”¹¹

Por lo demás, el carácter demanial de las obras públicas no será cuestionado, ni por la legislación ni por la doctrina, y así seguirán las cosas hasta el momento actual, en el que se producirá un replanteamiento serio sobre este punto.

B) LA APARICIÓN DE INFRAESTRUCTURAS PRIVADAS DE INTERÉS PÚBLICO

La reciente liberalización de sectores publicados en el ámbito de las telecomunicaciones, la energía eléctrica, el gas o los hidrocarburos ha hecho tambalearse no pocos de los conceptos y categorías más arraigadas de nuestro Derecho administrativo y entre ellos los ya citados de dominio público, obra pública y servicio público. Hasta ese momento solía afirmarse la correspondencia entre los conceptos de actividad publicitada (o “*publicatio*”) y servicio público, en la medida en que todo servicio público implicaba la existencia de una reserva al Estado en régimen de exclusiva (art. 128 de la Constitución de 1978). Por fin se creía haber alcanzado una vía correcta para llegar a una comprensión del indefinible concepto de servicio público. Pero en los últimos años se ha tenido que revisar toda esa construcción en el caso de las actividades “*liberalizadas*” o “*reguladas*” (ya no reservadas). La armonía de la vieja construcción dogmática se rompe y el tradicional concepto de servicio público es sustituido por la expresión, de cuño europeo, “*servicio universal*,” con gran deleite de unos y desengaño de otros.

Pero dejando aparte las vicisitudes del concepto de servicio público –cuyo camino discurre por otros derroteros– la “obra pública” también pagará su tributo a la innovación y se desprenderá de su forzosa naturaleza demanial. En los sectores “liberalizados” podrá constatarse la existencia de infraestructuras de titularidad privada, pero de tanto o más interés público que las carreteras o los ferrocarriles, como pueden ser la red eléctrica de alta tensión, las redes de oleoductos o gasoductos, la red telefónica conmutada o las terminales aeroportuarias, sin que por eso nadie parezca haberse rasgado las vestiduras.

Si en la actualidad, las redes de telecomunicaciones, las de energía eléctrica, los oleoductos o los gaseoductos son infraestructuras de titularidad privada no existe inconveniente de principio para hacer extensivo este mismo sistema a otros tipos de infraestructuras. El libre acceso de terceros queda garantizado con la imposición de obligaciones específicas (“open network”) que encuentran su justificación en el nuevo concepto de “servicio universal” lo cual muestra la íntima relación que sigue existiendo entre los conceptos de obra pública y servicio público. Cuando una determinada obra, instalación o infraestructura se vincula (o se *afecta*) al desenvolvimiento de una actividad publicada que requiere un título concesional para su ejercicio (es decir, que se califica como servicio público) antes quedaba encuadrada en el ámbito de los bienes demaniales. Si la actividad se *despublica*, ello incide en el sustrato material que le sirve de soporte y la infraestructura deja de ser considerada como bien demanial aun cuando ello no implique que su utilización deje de estar regulada. El dominio público deja de ser tal y tales instalaciones o equipamientos, sin dejar de ser “cosas públicas”, en cuanto están abiertas a un uso público regulado, pueden ser de titularidad privada.

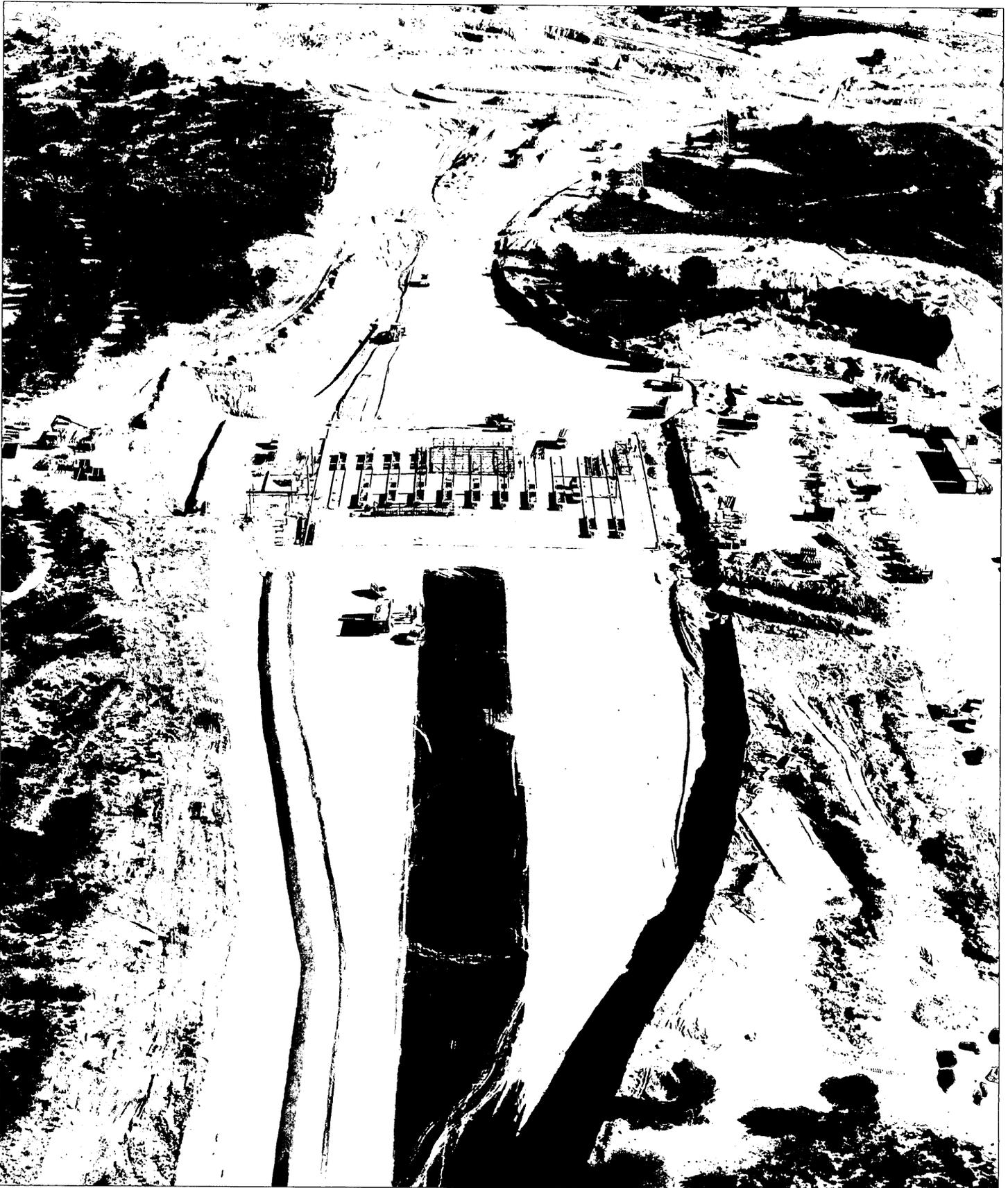
Todo ello, aunque no lo parezca, supone un gran cambio y obliga a replantear el sentido y alcance del concepto de dominio público, en los mismos términos que se hizo en los albores de nuestra doctrina administrativa, poniendo sobre el tapete la vieja polémica entre la posición de PROUDHON y la de HAURIU. Sin que ello implique generalizar la conclusión a todo tipo de bienes demaniales, lo cierto es que en las infraestructuras ligadas a la explotación de servicios públicos, lo que en realidad ostenta la Administración no es un título de propiedad sino un título de intervención –esto es, de potestad– acorde con los fines que se busquen. Si se “despublica” la actividad –y deja de ser considerada como servicio público– desaparece la causa por la que dichos bienes han de tener la consideración de demaniales (en aplicación estricta de lo que indica el artículo 339 del C.C.). A partir de aquí, surge una doble opción en la que radica el núcleo del problema. La Administración puede ejercitar el derecho de reversión y convertir esos bienes en patrimoniales, conservando la titularidad sobre los mismos (que es la dirección el la que apunta el artículo 340 del C.C.). O bien, puede ceder esta titularidad a los antiguos concesionarios –que pasarían a tener la consideración de “opera-

dores del sistema”– imponiéndoles obligaciones específicas para garantizar el libre acceso de todos esos bienes (previo pago, regulado, del correspondiente precio).

Esto es, en esencia, lo que se ha hecho en los denominados sectores “liberalizados” lo cual muestra que la identidad infraestructura-dominio público es escindible, sin que de ello se deriven perjuicios para los ciudadanos sino todo lo contrario. Mediante la implantación de un sistema abierto a la competencia, se consigue una disminución de los precios por el uso de las infraestructuras, al margen de otras ventajas relacionadas con la desaparición de las situaciones de monopolio (lo cual otorga al particular la posibilidad de elegir entre varios operadores aun cuando la infraestructura sea la misma para todos ellos). La tendencia apunta, además, hacia una liberalización de la mayor parte de las infraestructuras de red como así se pone de manifiesto en la Ley 48/1998, de 30 de diciembre por la que se regulan los procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones (que incorpora a nuestro Ordenamiento las Directivas 93/38/CEE, de 14 de junio y 92/13/CEE, de 25 de febrero). La nota común en estos sectores es que necesitan “la puesta a disposición o la explotación de redes fijas que presten un servicio al público” (artículo 3.a.) y se define en qué consiste esa red: “se considera que existe una red cuando el servicio se preste con arreglo a las condiciones establecidas por una autoridad competente, tales como las condiciones relativas a los itinerarios, a la capacidad de transporte disponible o la explotación de redes públicas de telecomunicaciones” (artículo 3.c.).¹²

Obviamente, la *despublicación* tiene también unas fronteras naturales y no se puede aplicar a todas las infraestructuras de red (ni, por otra parte, todas las infraestructuras son susceptibles de ser tratadas como redes). De hecho, tan solo es referible a aquéllas infraestructuras que pueden ser explotadas rentablemente y no a aquéllas otras que son objeto de un uso general y gratuito como sucede, claramente, con las carreteras. Con ello se vuelve al viejo planteamiento del artículo 339 del C.C. obligando a diferenciar dos tipos de infraestructuras: las que se vinculan a la explotación de un *servicio público* (entendiendo esta expresión en un sentido muy lato) y las que son destinadas a un *uso público* (y gratuito, cabría añadir). Estas últimas deberán seguir permaneciendo bajo la órbita demanial en la medida en que no hay *actividad* comercial alguna que liberalizar y su *despublicación* requeriría alterar las bases mismas de partida impuestas por naturaleza de las cosas.

De todas formas, es de advertir que en el ámbito de las infraestructuras económicamente explotables queda aún mucho por hacer sin necesidad de alterar un ápice lo establecido en nuestro Código Civil. Por no citar más que algunos de los ejemplos más evidentes, no existe razón alguna para mantener en la categoría demanial todas las infraestructuras portuarias o aeroportuarias, actualmente explotadas por Entidades Públicas Empresariales (Puertos del Estado y AENA). Un puerto o



un aeropuerto, una presa o una planta de potabilización o depuración de agua están constituidas hoy por un conjunto de instalaciones y servicios que no tienen por qué revestir la condición de dominio público natural o sobre terrenos expropiados con este fin. Tales infraestructuras no son esencialmente distintas a una red de telecomunicaciones, de energía eléctrica o de gas y, aún cuando sean de titularidad privada, pueden ser reguladas de forma muy similar (mediante la imposición de obligaciones de *servicio público* y de *servicio universal*) en beneficio de los propios ciudadanos¹³. Otro tanto cabría decir respecto a las infraestructuras hidráulicas (redes de transporte o distribución) teniendo en cuenta, además, las graves carencias de nuestro país en esta materia¹⁴ y el hecho de que se trata del único servicio del bloque de suministros (en donde se encuadran también la energía eléctrica y el gas)¹⁵ que, sin razón alguna de peso, no se encuentra *liberalizado*.

C) HACIA UNA "LIBERALIZACIÓN" GRADUAL DE LAS INFRAESTRUCTURAS

Si no se quieren dar giros bruscos en el tratamiento y regulación de las infraestructuras (acudiendo, sin más, a la "despublificación" de buena parte de ellas) debería, al menos, tenderse un puente que admitiese la entrada de los particulares en su construcción y explotación. Con ello, se apunta en primer lugar, a la potenciación de los denominados contratos de "concesión de obra" actualmente regulados, de forma errónea e insuficiente por los artículos 130 y ss. de la LCAP. Pero no basta con ello. Hay que dar un paso más y diferenciar lo que es público *por naturaleza* (aquellos bienes o cosas que la misma naturaleza ha configurado como públicas) de aquellos otros bienes, instalaciones, obras o equipamientos que sólo por su *dedicación o afectación* al uso público, la Administración (o la Ley) las ha calificado como dominio público, asumiendo su titularidad (aunque las otorgue en concesión). Pues bien, lo que proponemos es que, siempre que resulte conveniente, estas últimas puedan ser configuradas como "cosas públicas" (cualquiera que sea su propietario: una Administración o un particular) afectas al uso general. La afectación se ha de concebir al modo de los *derechos reales in faciendo* en el sentido de que el propietario o poseedor viene obligado a la realización de una prestación positiva debiendo quedar claro que esta prestación debe guardar una relación estrecha con la actividad concreta de que se trate¹⁶.

Así las cosas, no existiría inconveniente dogmático para considerar excluidas del demanio todos aquéllos bienes e instalaciones ajenas al núcleo de lo que propiamente constituye la explotación de una determinada obra pública como puedan ser los establecimientos comerciales insertos o vecinos de la infraestructura. Las cafeterías, restaurantes y comercios de un aeropuerto son algo ajeno al servicio de transporte aéreo aunque supongan una "comodidad adicional" para los usuarios y

aquí es donde la categoría demanial deviene redundante. La explotación de esta clase de establecimientos se ha llevado a cabo hasta el momento mediante concesión por el solo motivo de que se asientan en un suelo calificado teóricamente como demanial, pero, a su vez, esta calificación es debida a la vinculación de ese mismo suelo a una actividad globalmente calificada como "servicio público" (cosa que resulta bastante artificiosa cuando se trata de servir cafés o de vender corbatas). ¿Cómo resolver la paradoja? Hasta el momento, utilizando el criterio de que lo accesorio sigue a lo principal, de tal modo que si lo principal es el servicio de transporte aéreo se predica el carácter demanial del conjunto de las instalaciones, al margen de que estén o no directamente relacionadas con la prestación de ese servicio. No existe ningún otro motivo por el cual una actividad puramente comercial tenga que ser prestada en régimen de concesión. Podría asumirse que en la zona aeroportuaria existen dos tipos de parcelas diferenciadas -la destinada a los servicios aeroportuarios y la comercial- y esta es, de hecho, la solución que parece admitir el Real Decreto 2591/1998, de 4 de diciembre sobre Ordenación de los Aeropuertos de interés general y su zona de servicio aunque no lo exprese tan claramente¹⁷. Lo cierto es que esta solución podría ser extrapolada a otro tipo de infraestructuras -las autovías, los puertos o las autopistas- reduciendo la calificación demanial a lo estrictamente necesario por su unión inescindible con la actividad de transporte.

No obstante, y antes de ir más lejos con este tipo de planteamiento, es necesario anticipar adónde se quiere llegar con esta reducción material de lo que debe entenderse como dominio público en el ámbito de las infraestructuras. En ningún caso se postula una "despublificación" indiscriminada de las infraestructuras, pero entendemos que en el actual momento de España, con un crecimiento imparable del gasto social -que va a ser muy difícil detener- es preciso abrir nuevas vías a la participación de capital privado en estas inversiones y éstas sólo podrán ser adecuadamente encauzadas mediante un rediseño de la concesión de obras que permita flexibilizar la retribución del inversor. Pues bien, si se acepta la posibilidad de desgajar del núcleo demanial las instalaciones comerciales, éstas podrían ser utilizadas como medio adicional de pago o remuneración a quien acomete su construcción y explotación posterior. De lo que se trata ahora es de dar un paso más hacia delante y admitir que este tipo de instalaciones pueden ser explotadas por el concesionario de la obra *en régimen de derecho privado* y no mediante el sistema concesional para lo cual sería necesario extraerlas del dominio público¹⁸. Carece de sentido que la propia Administración (o sus organismos) sea quien ejerza el papel de "dominus" en la explotación de una actividades que nada tienen que ver con sus funciones. Mucho más razonable es que ese papel sea desempeñado por un concesionario privado, tanto más si con ello puede complementarse su remuneración con lo cual se solucionan dos problemas al mismo tiempo.

3. PRESUPUESTOS PARA UNA NUEVA REGULACIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS

A) LAS LÍNEAS BÁSICAS DE LA NUEVA REGULACIÓN

Podríamos hacer aquí una larga exposición sobre la dispersión normativa actualmente existente en materia de infraestructuras y la prolijidad de sistemas imperantes en los distintos sectores y territorios españoles. Nos limitaremos a afirmar que la situación existente es caótica (en cuanto a la fragmentación normativa y el desequilibrio de los sistemas de financiación de las infraestructuras) e insuficiente para atraer la iniciativa privada. Es patente la necesidad de contar con un nuevo texto legal que sustituya o haga las funciones de la vieja Ley de Obras Públicas de 1877.¹⁹ Lo que pocos –o probablemente nadie– se ha atrevido a aventurar es el contenido y el enfoque que habría que dar a ese nuevo texto legal porque el panorama es francamente desalentador habida cuenta de los condicionamientos de partida. Es igualmente clara la necesidad de reconducir esa fragmentación hacia la unidad, en un doble sentido: el nuevo texto debería ser aplicable a todas las Administraciones públicas y contener los principios comunes a todas (o al mayor número posible) de infraestructuras públicas. La nueva norma deberá tener el carácter de “Ley básica”, de acuerdo con lo que establece el ap. 18º del artículo 149.1 de la Constitución en donde se reserva al Estado la competencia exclusiva en cuanto a la “legislación básica sobre contratos y concesiones”. Si bien la competencia sobre los contratos ya ha sido desarrollada por la LCAP de 1995 no sucede lo mismo con la relativa a las concesiones debido, entre otros factores, a la dispersión de contenido de esta figura a pesar de su posible unidad conceptual. En este sentido, y con referencia a las concesiones demaniales y de servicios, el Dictamen del Consejo de Estado de 14 de noviembre de 1950 apuntaba ya a “la idea común que trasciende de ambas especificaciones (que) está en la cesión al particular de una esfera de actuación originariamente administrativa”. Villar Palasí, sostuvo esta misma concepción unitaria al poner de manifiesto que, en toda concesión habría una especie de “inversión” o “transmisión” de una función pública en beneficio de los particulares, sin que de ahí se derivase un desapoderamiento de la Administración ya que, al contrario, la técnica concesional, serviría para afirmar el carácter de función pública de las actividades afectadas, manifestándose “como la forma políticamente más intachable y administrativamente más ágil de conseguir el control económico”²⁰.

No obstante, la unidad de la figura concesional es mucho más dogmática que real ya que agrupa conceptos y cosas tremendamente dispares como así pone de manifiesto F. López Ramón:

“Concesiones demaniales, concesiones de obra pública, concesiones de servicio público, concesiones industriales y

aún otras concesiones administrativas, son las grandes categorías identificables. Categorías con su propio régimen jurídico, establecido, por una parte, en normas generales y, por otra parte, en normas referidas a concretas especies de cada género. Una multiplicidad de regulaciones con diferentes respuestas a los problemas, que dificulta incluso la identificación de reglas comunes a cada categoría concesional. El régimen jurídico de una concreta concesión partirá, en principio, de su regulación especial, aunque puede haber casos de modificación de tal regulación por normas generales, conforme al principio de la *lex posterior*”.²¹

Seguidamente, el autor deshecha la idea de una Ley en materia de concesiones habida cuenta de la gran dispersión de los sectores a los que afecta y de la propia *polisemia* del concepto²² a pesar de su posible unidad dogmática y eso es lo que parece más recomendable en términos generales. Pero ello no obsta a que en base a ese mismo artículo 149.1.18ª se puedan y deban regular las concesiones de obras públicas (separándolas de las simples concesiones demaniales y de las relativas a actividades de servicio público que no implican la explotación de una obra pública).

De otro lado, el título competencial referente a las *concesiones* podría ser reforzado con la cobertura que brinda el ap. 24 del mismo precepto constitucional en donde se alude a “las obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma”. Quiere ello decir que, en este tipo de obras, la regulación estatal podrá ser mucho más intensa y perfilada permitiendo acometer con mayor detalle cuestiones tales como su integración con el planeamiento urbanístico, la incidencia de la legislación medio ambiental o el reconocimiento de beneficios para su construcción y gestión.

La nueva ley debe ser –decíamos– una norma **común** a todo tipo de infraestructuras y alejarse de los problemas específicos de cada una de ellas que deben ser reconducidos a la legislación sectorial correspondiente. Al margen de las diferencias de todo orden que puedan existir entre una autopista, una canalización de transvase de agua o un aeropuerto, en todas ellas es apreciable la existencia de problemas homogéneos que afectan a su construcción, financiación y gestión y de eso es de lo que tiene que ocuparse el nuevo texto legal. Eso sí, por razones de esa misma homogeneidad, deberían ser excluidas las infraestructuras relacionadas con los nuevos sectores “regulados” (telecomunicaciones, energía eléctrica, gas e hidrocarburos) en la medida en que responden a un modelo diferente que toma como base un tipo de bienes de titularidad privada pero de utilidad pública. Bien es cierto que en ese mismo marco de referencia podrían ser encuadradas muchas más infraestructuras –como pudieran ser las hidráulicas– pero si la intención del legislador no es llegar tan lejos por el momento, habrá que diferenciar estos dos modos de concebir el régimen jurídico de cosas similares. De un lado, las infraestructuras pú-

blicas en cuanto a su titularidad y, de otro, las susceptibles de titularidad privada pero de interés público que se desarrollarán en el ámbito de las actividades "despublicadas" dejando abierta –eso sí– una puerta de comunicación entre ambos sistemas.

B) EL PROTAGONISMO DE LA FIGURA CONCESIONAL

La figura concesional –renovada y adaptada a los nuevos mercados financieros– debe convertirse en el eje fundamental de la nueva regulación, no sólo por el título de cobertura constitucional antes mencionado sino también porque es el sistema que mejor *cuadra* para afrontar los problemas que plantea en nuestros días la construcción, financiación y gestión de las infraestructuras. Para ello debería articularse una regulación completa de este tipo de contratos que, hasta el momento, solo cuentan con los artículos 130 a 135 de la LCAP que no son sino una apresurada y escueta transposición de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993²³.

El primer problema que plantea la regulación existente es de orden conceptual ya que la figura de la concesión se reconduce al contrato de obras públicas basándose en una pretendida unidad de régimen jurídico (art. 6 LCAP). A nuestro juicio, esta conclusión, explicitada en el propio artículo 130 de la LCAP es un error porque supone reconocer el mayor peso de la obra sobre la explotación cuando, en realidad, debería suceder todo lo contrario. Si la obra es ejecutada con cargo a los recursos financieros del concesionario, que solo recuperará la inversión efectuada con los resultados de la explotación, parece claro que la fase más relevante es esta última a todos los efectos y que la ejecución de la obra es únicamente un *presupuesto* previo de lo que realmente interesa al interés público. Lo relevante, bajo esta perspectiva, es que la obra sea correctamente explotada y al mismo resultado se llegaría si la obra se hubiese construido al *modo civil*, porque lo que trasciende a los ciudadanos es la posibilidad que tienen de utilizarla y no la forma en que se ha llevado a cabo su construcción.

Sin embargo, también es cierto que la Administración no puede desentenderse por completo de la fase de construcción de las obras ya que, entre otras cosas, tiene que determinar su ubicación y características y, en muchos casos, contribuir a su financiación cuando los resultados de la explotación no garantizan una recuperación total de la inversión efectuada. Por otra parte, la adjudicación de la obra (mientras ésta conserve su naturaleza demanial) seguirá siendo el "*portillo*" de entrada para seleccionar a quien, posteriormente, procederá a su explotación, de tal forma que prescindir de regular la fase de construcción conduce, también, a un planteamiento falso del tema. ¿Cómo salir, entonces, del dilema de la regulación única?. Sencillamente, haciendo de este tipo de contratos una figura incardinable en el seno de los contratos nominados lo cual obligará a otorgarles una regulación com-

pleta que, entonces, ya sí, podrá ser una *mixtura* de la correspondiente a los contratos de obra y de la prevista para los contratos de gestión de los servicios públicos (aunque, técnicamente, no se trate de tales).

En el contexto de esta regulación completa de los contratos de concesión de obra habrá pues que partir de una redefinición de su concepto, integrando en su objeto tanto la ejecución de la obra como su explotación (lo cual, hasta ahora, es solamente una característica en la forma de retribución). A partir de ahí, será igualmente necesario distinguir las dos modalidades que puede presentar este tipo de contratos, diferenciando los que tienen por objeto la construcción y explotación de una obra, de aquéllos otros dirigidos a su conservación y mantenimiento (generalizando la figura prevista en el artículo 60 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre para la gestión de autovías). A este respecto, debe tomarse conciencia de que tan importante o más que la construcción de nuevas infraestructuras será en el futuro la conservación de las existentes, debiendo ir aquí hacia un modelo de *externalización total* de estas tareas, que hoy desbordan con mucho las capacidades de gestión directa de la Administración (tengamos aquí un recuerdo para nuestros viejos "peones camineros", tan familiares a nuestra generación).

C) RECONDUCCIÓN DE LAS TARIFAS HACIA LOS PRECIOS PRIVADOS

Uno de los problemas más candentes que plantea la financiación privada de las infraestructuras a través de los ingresos percibidos de los usuarios reside en la configuración como tasas o como precios de los ingresos derivados de su utilización, tema que resulta hoy especialmente confuso²⁴.

Tras la Ley Reguladora de las Haciendas Locales de 1988, que introdujo en nuestro Derecho Público el concepto jurídico de "precios públicos", se ha desencadenado una polémica batalla conceptual, jurisprudencial y legal sobre el conjunto de figuras que, junto a los impuestos generales, venían tradicionalmente diseñadas en nuestro Ordenamiento jurídico-administrativo y tributario bajo distintos nombres: contribuciones especiales, tasas, cánones, derechos, tarifas de servicios públicos. La verdad es que siempre hubo en el ordenamiento jurídico español una cierta confusión terminológica y de contenido entre todas estas expresiones, que venían siendo utilizadas sin demasiada precisión por los distintos bloques normativos. Entre otros, deben citarse básicamente tres: a) la legislación de régimen local; b) la legislación tributaria general y, c) las leyes y decretos de ordenación económica, en las que se contenían sistemáticamente medidas relativas a política de precios, que incidían esencialmente sobre el régimen de las tarifas de grandes servicios públicos. Estos tres tipos de normas contemplaban perspectivas diferentes y no siempre calificaban las mismas cosas de la misma manera.



Pero aún cuando la terminología utilizada en muchas de estas normas resultaba confusa, el hecho es que, hasta 1988, la discusión sobre la naturaleza y régimen jurídico de las tarifas de los grandes servicios públicos (agua, gas, electricidad, transporte regular, por ferrocarril o por carretera, teléfono, etc...) fue decantándose en la jurisprudencia hacia su consideración como "precios" sometidos a regulación administrativa, y no como "tasas" (fiscales o parafiscales), especialmente cuando la gestión del servicio era realizada por empresa privada, empresa mixta o incluso ente público de carácter industrial o mercantil sometido al régimen jurídico privado (caso del Canal de Isabel II, o el Consorcio de Aguas del Gran Bilbao). Las tarifas de los servicios públicos, en definitiva, siempre tuvieron en nuestro Derecho la consideración de precio mercantil, aunque estuviese tasado o fijado administrativamente por el Estado. Recuérdese que en este punto se produjo, además, una notable centralización de las decisiones en base al control de la política de precios que tenía el Estado y desplazaba en

este orden a las Autoridades titulares del servicio (Provincias, Municipios, Autoridades Metropolitanas). Esta consideración de precios (mercantiles, privados) aunque sometidos a control público (en este sentido, eran "precios públicos") nada tiene que ver, sin embargo, con el nuevo concepto de "precios públicos" que a partir de la Ley de Haciendas Locales de 1988 se introduce en nuestro Derecho. De ahí pasará a la Ley de Tasas y Precios Públicos de 13 de abril de 1989, que lleva a cabo la extensión de esta figura a "la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público" (hasta entonces sometida siempre a régimen de tasas, cánones o derechos).

Surgió así, entre los recursos financieros de los entes públicos, una nueva figura que venía a suponer un "*tertium genus*" entre las tasas (siempre ingresos de derecho público) y los precios (siempre privados, aunque estuviesen sometidos a fijación administrativa en su cuantía), que es la distinción que siempre había existido en nuestro Derecho (incluso las tarifas del servicio de abastecimiento de aguas habían sido califica-

das, desde la famosa Sentencia de 12 de noviembre de 1970, como precios). Tras la Ley de 1989, sin embargo, la cuestión resultaba más que dudosa, pues según el artículo 24 de dicho texto legal, tanto la recepción obligatoria como la existencia de una reserva del sector a favor de la Administración -notas ambas definitorias de los servicios públicos clásicos- eran base suficiente para revisar aquella calificación. Por otra parte, era obvio que el concepto de "precio público", tal como se diseñaba en la Ley de 1989, más bien suponía un desgajamiento del concepto de tasa, que una modalidad de los precios privados (controlados) anteriormente existentes. Y para confirmarlo, aunque invocando razones de flexibilidad, se trató en esa Ley de configurar como precios públicos -así se les llamaba- algunas contraprestaciones de particulares que hasta entonces se venían calificando como tasas. La doctrina criticó este intento de obtener "lo mejor de los dos mundos: la flexibilidad del privado y los privilegios exorbitantes del público". Naturalmente, la principal ventaja que con ello se quería conseguir era liberar a la Administración, en estos casos, de la restricción que imponía el principio de legalidad tributaria que se aplicaba a las tasas y de cuyas exigencias se pretendía huir.

Tras semejante "innovación", las notas diferenciales esenciales que habían distinguido las tasas de los precios quedaban desdibujadas: su título de legitimación (la ley o el contrato), no quedaba claro; el procedimiento de recaudación y gestión, el régimen jurídico de los créditos de ellas derivado, la aplicación de la prelación o el apremio administrativo a unas y otros (tasas y precios) era también dudosa; la autoridad para su establecimiento, modificación, o fijación de su cuantía (que hasta entonces operaba de distinta manera en las tasas y en los precios) resultaba en la Ley de 1989 objeto de confusión y, en general, la doctrina llegó a la conclusión de que con los "precios públicos" venían a crearse una nueva parafiscalidad que creíamos extinguida. Bajo ese concepto se encontraban unas veces obligaciones *ex lege* y, por tanto, verdaderos tributos, y otras, obligaciones de *origen contractual*, que constituían una verdadera contraprestación de los bienes o servicios recibidos, fuera o no en régimen de monopolio. Y es que, en efecto, en algunas de las manifestaciones de esos "precios públicos" se ocultaban verdaderas "prestaciones patrimoniales de carácter público", a las que alcanzaba la reserva de ley del art. 31.3 de la CE.

En este ambiente de confusión y de polémica doctrinal sobre la Ley de 1989, se produce la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 185/95 de 14 de diciembre, que vino a complicar todavía más las cosas. Como consecuencia de un recurso de inconstitucionalidad presentado contra la citada Ley de Tasas y Precios Públicos, se puso en tela de juicio la constitucionalidad de algunos artículos de la misma, lo que dio ocasión al Tribunal no sólo a declarar la inconstitucionalidad de determinados preceptos de ésta (párrafos a) y b) del art. 24, así como ciertas expresiones contenidas en el párrafo c) de dicho artículo), sino que, sobre todo, vino a dar una interpretación a los

términos de la ley que estrechaba más el cerco sobre la naturaleza y aplicación de los precios públicos, los cuales, en cuanto entrañasen "prestaciones patrimoniales de carácter público", estaban sometidos a una estricta reserva de ley. La clave para su identificación como tales la veía el Tribunal en la nota de *coactividad*, que les hace semejante a los tributos.

El Tribunal Constitucional explicitó que la libertad o la espontaneidad a que se refiere el art. 24 para legitimar la aplicación de precios públicos "debe ser real y efectiva"; ello quiere decir que se consideraban coactivamente impuestas aquellas prestaciones "en las que el bien, la actividad o el servicio requerido es *objetivamente indispensable* para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social, de acuerdo con las circunstancias sociales de cada momento y lugar". Asimismo, entiende que se considerarán prestaciones pecuniarias coactivas las que "derivan de la utilización de bienes, servicios o actividades prestadas o realizadas por los entes públicos en *posición de monopolio de hecho o de derecho*... aunque los servicios o las actividades no sean obligatorias ni imprescindibles...". Tanto en un caso como en otro, entiende el Tribunal que la libertad de contratar "no es, a estos efectos, una libertad real y efectiva". Ahora bien, bajo estos criterios de definición, la mayoría de los servicios públicos quedaban sometidos a tasa, con todas las exigencias de legalidad que ésta requiere.

Como consecuencia de la sentencia citada, con fecha 26 de enero de 1996, se aprobó el Real Decreto-ley, 2/1996, por el que se trató de adaptar, modificándola, la Ley 8/89 cuyos preceptos habían sido declarados inconstitucionales. Con esta disposición se trató de "legalizar" algunos "precios públicos", fijados por la Administración o por contrato, que ahora se calificaban abiertamente de "prestaciones patrimoniales de carácter público" (art. 1 del Decreto-Ley). Ahora bien, esta adaptación de la norma y esta "legalización" de precios afectó únicamente a la Administración Central del Estado, quedando al margen la Administración Local a la que aquella normativa no resultaba directamente aplicable. En los Ayuntamientos siguió aplicándose la Ley de Haciendas Locales, mucho menos exigente que la Ley de Tasas y Precios Públicos, tras su interpretación por parte del Tribunal Constitucional. Sin embargo, era evidente que este doble ordenamiento jurídico sobre un mismo fenómeno, inspirado en principios diferentes, no podía perdurar mucho tiempo. No era pensable que un mismo hecho, que participa del mismo fundamento jurídico y dimensión constitucional, tuviese diferente tratamiento en el ordenamiento estatal y en el ordenamiento autonómico y local. Por ello, finalmente, con fecha 13 de julio de 1998 se aprueba la Ley 25/98, de Modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público, con la que se da unidad y uniformidad al régimen de tasas y precios en todas las Administraciones Públicas.

En esta última Ley se reintegran al concepto de "tasa" todos aquellos ingresos que revistan la naturaleza de prestacio-

nes patrimoniales de carácter público, cuya validez y constitucionalidad queda sometida al más estricto respeto al principio de reserva de ley. Por el contrario, tendrán la consideración de precios públicos aquellas contraprestaciones pecuniarias que se satisfagan por la prestación de servicios o la realización de actividades siempre que tales actividades reúnan estas tres condiciones: 1) se realicen en régimen de derecho público, 2) se presten también por el sector privado, y 3) sean de solicitud voluntaria por parte de los administrados (art. 24 de la nueva Ley). Si hemos de interpretar estas condiciones en los términos de la STC antes citada, parece hoy inevitable configurar las tarifas de la mayoría de los servicios públicos como tasas y no como precios y así lo hace justamente el artículo 66 de la Ley 25/98, por el que se modifican, entre otros, los artículos 20 y ss. de la Ley de Haciendas Locales, que unifica bajo este concepto los servicios de alcantarillado, tratamiento y depuración de aguas residuales, recogida y tratamiento de residuos sólidos, distribución de agua y otros, cuando tales servicios o suministros sean prestados por entidades locales. Ahora bien, a nosotros nos parece muy desacertado este tratamiento. Y lo que resulta un auténtico despropósito es que la explotación de un determinado tipo de infraestructuras –al margen ya de su eventual calificación como servicio público– dé lugar en unos casos al abono de un precio (como sucede claramente con el *peaje* de las autopistas) y en otros sean generadoras de tasas (puertos, aeropuertos, infraestructuras hidráulicas etc.), tomando como justificación de ello la ocupación especial de zonas de dominio público o el tipo de actividad a que da lugar la explotación. Si lo que se quiere es relanzar la financiación privada de infraestructuras resulta absolutamente indispensable que se unifique la naturaleza jurídica de las tarifas reconduciéndola hacia los precios privados y alejándola de las tasas. Entre otros motivos porque –aunque, en la práctica no se haga así– las tasas no pueden ser percibidas directamente por los concesionarios lo cual distorsionaría muy gravemente su régimen de financiación.

En nuestra opinión, una eventual ley de infraestructuras debería dejar claramente asentada la doctrina de que las tarifas por explotación deben tener la consideración de precios privados, lo cual no quiere decir obviamente que su fijación sea libre por parte de los concesionarios. Esta calificación posibilitará el establecimiento de precios máximos de modo que los concesionarios podrán aplicar tarifas por debajo de los mismos al objeto de optimizar la demanda, de lo cual ya hay experiencias muy positivas en otros países²⁵.

D) ESTABLECIMIENTO DE UN MARCO ADECUADO PARA LA FINANCIACIÓN "EXTERNA" DE LOS CONCESIONARIOS

Las líneas maestras por las cuales habría de discurrir una nueva regulación de la construcción, financiación y gestión de las infraestructuras no quedarían completas sin hacer una re-

ferencia a lo que *realmente* constituye la financiación de los concesionarios. Y es que conviene no olvidar que lo que, tradicionalmente, se ha considerado como tal no es sino la *retribución* del concesionario (que puede ser pública, privada o mixta), pero eso no excluye que éste tenga que acudir al mercado de capitales para anticipar los recursos que necesita para subsistir antes de recuperar su inversión mediante la explotación de la obra. Aquí se combinan formulas tan novedosas como el *project finance* o la *titulización* de las rentas previstas, con otras más tradicionales como pudiera ser el crédito hipotecario pasando por la emisión de obligaciones o el también novedoso sistema de los créditos participativos.

No se trata, ahora, de analizar los problemas que plantean todos estos sistemas de financiación –que no son pocos– sino de poner de manifiesto la necesidad de que la nueva ley aborde estos problemas al objeto de atraer el capital privado hacia el sector de las infraestructuras. Sin una regulación adecuada de los sistemas de *financiación externa* de los concesionarios cualquier regulación corre el riesgo de convertirse en un "*flatus vocis*" y en una declaración de buenos deseos, sin posibilidad de aplicación práctica porque nadie se arriesgará a invertir si no tiene un mínimo de seguridad para la recuperación de sus capitales.

Estas son, en esencia, las líneas básicas por las que debería discurrir el entramado de una futura –y esperemos que próxima– Ley reguladora de la construcción, financiación y gestión de la infraestructura. Porque, como ya se ha dicho, cada momento histórico es irrepetible y no se debe desaprovechar la coyuntura especialmente favorable –en todos los sentidos– para dotar a nuestro país de un marco jurídico adecuado que canalice y regule la inversión privada en materia de infraestructuras. La hora del reto ha llegado y sólo queda hacerle frente en beneficio de las generaciones futuras sin escatimar esfuerzos. ■

NOTAS

1* Por Gaspar Ariño Ortíz (Catedrático de Derecho Administrativo) y José Luis Villar Ezcurra (Profesor Titular de Derecho Administrativo)

2 Sobre este punto puede consultarse, entre otros muchos, I. Argimón y otros "Productividad e Infraestructuras en la economía española"; Banco de España (1993). Documento de trabajo nº 9313; D. Aschauer "Is public Expenditure Productive?" en *Journal of Monetary Economics*. North Holland 23/1989; J.M Gonzalez Páramo, "Infraestructuras, Productividad y Bienestar", Departamento de Hacienda Pública de la Universidad Complutense. Noviembre de 1993.

3 Sobre el alcance del "Programa de Ejecución de Grandes Infraestructuras" (PEGI) para el septenio 2000-2006 y de la "Agenda 2000" en donde se prevé un coste total para todos los agentes inversores del orden de los 19 billones de pesetas.

4 Este es el caso del mal llamado "sistema alemán" o de abono total y del precio de las obras a partir de su terminación, puesto en marcha por el artículo 147 de la Ley 13/1996.

5 Este es el caso de GISA (en Cataluña), GICALSA (en Castilla-León) o ARPEGIO (en Madrid) si bien debe tenerse en cuenta que las normas de EUROSTAT incluyen estos supuestos dentro de la financiación presupuestaria y, por tanto, computables a efectos del déficit.

6 Vid. entre otros muchos, Miguel Sánchez Morón y otros "Los bienes públicos" Ed. Tecnos. Madrid 1997; A. Gallego Anabitarte "El Derecho de Aguas en España" MOPU. Madrid, 1986; A.M. Gonzalez Sanfiel "Un nuevo Régimen para las Infraestructuras de dominio público" Ed. Montecorvo. Madrid, 2000; A. Ruiz Ojeda "Dominio Público y financiación privada de infraestructuras y equipamientos" Marcial Pons, Madrid, 1999; J. Bermejo Vera y otros "Derecho Administrativo, Parte especial", Madrid, 1994; A. Nieto García "Los Bienes Comunes", Madrid, 1964; L. Parejo Alfonso "Dominio Público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general" en RAP, 100-102; R. Parejo Gámir y J.M. Rodríguez Oliver "Lecciones de dominio público". Madrid, 1976; J.M. Sala Arquer "La desafectación de los bienes de dominio público", Madrid 1980.

7 Sin perjuicio de que en la vigente Ley se aborde el contrato de concesión de obras, de forma absolutamente insuficiente y errónea como veremos más adelante.

8 Probablemente, la única excepción a este sistema sea la legislación especial en materia de autopistas en régimen de concesión plasmada en la Ley 8/1972, de 10 de mayo y en el Pliego General aprobado por Decreto 215/1973 de 25 de enero

9 El artículo 7º de esta Ley establecía lo siguiente:

"Pueden correr a cargo de particulares o compañías, con arreglo a las prescripciones generales de esta Ley y a las especiales de cada clase de obras:

1º Las carreteras y los ferrocarriles en general.

2º Los puertos.

3º Los canales de riego y navegación.

4º La desecación de lagunas y pantanos.

5º El saneamiento de terrenos insalubres."

10 Sobre este punto puede consultarse F.J. Jimenez de Cisneros "Obras Públicas e iniciativa privada", Ed. Montecorvo, Madrid 1998, pg 50 y sigs.

11 Cfr. "La intervención administrativa en la Industria", IEP, 1964, pg 161

12 Detrás de esta disposición se encuentra una finalidad armonizadora para conseguir uno de los fines de la Unión: la construcción de las redes transeuropeas del transporte, energía y telecomunicaciones (T. XII del Tratado de la Comunidad). Como indica A.M. González Sanfiel ("Un nuevo Régimen para las infraestructuras ...op. cit. Pg 248): "De este modo en las normas reguladoras de cada sector se plasma la idea de infraestructuras en red: se habla de infraestructura o red de carreteras (art.3 ó 30 de la Ley 25/1988), de la red de ferrocarriles (art. 155 y ss. de la Ley 16/1987) o infraestructura ferroviaria (RD 613/1997), de la red del transporte de energía eléctrica (Título VI de la Ley 54/1997), de las infraestructuras en red en las telecomunicaciones (art.1 de la Ley 11/1998) o, en fin, en un sector distinto de los aludidos de red postal pública (art. 23 de la Ley 24/1998)".

13 Si esto es así, con mucha mayor facilidad podría admitirse la existencia de muelles o terminales privadas en el seno de un puerto o un aeropuerto público, tal como se apuntará más adelante.

14 Vid. a este respecto, G. Ariño Ortiz y M. Sastre Beceiro "Leyes de Aguas y Política Hidráulica en España: los mercados regulados del agua". Ed. Comares, Granada, 1999.

15 Todos estos servicios fueron *publicados* por la misma norma: el Real Decreto Ley de 12 de abril de 1924.

16 Sobre el concepto y alcance de la afectación puede verse G. Ariño Ortiz "La afectación de bienes al servicio público" ENAP, 1973

17 El artículo 2 de este Real Decreto remite a los Planes Directores de los Aeropuertos la forma de explotación de este tipo de actividades que denomina como "complementarias" sin dejar claro si pueden ser desgajadas o no del demanio aeroportuario

18 No se oculta que podría llegarse al mismo resultado sin necesidad de extraer este tipo de instalaciones del dominio público, vinculándolas a la concesión de obra, al modo de los derechos de superficie, dado que la concesión es un título que permite la "huída" hacia el derecho privado en la medida en que es transmisible, inscribible en el Registro de la Propiedad e hipotecable.

19 Vid. por todos, la Conferencia Internacional sobre "Financiación y Gestión Privada de Infraestructuras de Interés Público" celebrada en Madrid en noviembre de 1996 y organizada por la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid (cuyas intervenciones fueron publicadas por la propia Cámara en 1996)

20 vid. "Concesiones Administrativas" en NEJ, Tomo IV (1952) pg 687.

21 Vid. F. López Ramón "Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas" en Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica núm 241 Enero-Marzo de 1989, pg 583.

22 Op. cit. Pg 573 en donde indica que "el volumen normativo a manejar por una ley básica de concesiones sería enorme: una norma aplicable de las minas a la televisión, de los transportes a la gestión de residuos, de las pompas fúnebres a las aguas".

23 Recientemente, se ha publicado en el D.O.C.E (de 29 de abril de 2000) una Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho Comunitario en donde se aclara y delimita el concepto de concesión de obras de otras figuras afines.

24 Un reciente y completo análisis de esta cuestión puede verse en F. Villar Rojas "Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos: Estudio de su naturaleza y régimen jurídico" Ed. Comares, Granada, 2000.

25 A este respecto puede traerse a colación una autopista de California gestionada por Transroute (Compañía operadora francesa) en donde el precio es variable en cada momento. Para ello existe un control automático entre la ruta alternativa y la de peaje en base a un sistema de sensores digitales que determinan los volúmenes de tráfico y, sobre dicho dato, fijan el precio para la autopista de peaje. Ese precio se actualiza permanentemente en el panel de entrada a la autopista para conocimiento de los usuarios y, de esa forma, cuando la carretera pública se encuentra saturada el precio alcanza el máximo de la tarifa, pero cuando aquélla se encuentra casi completamente vacía el precio disminuye muy sensiblemente.