

EL PROYECTO DE LEY REGULADORA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

THE SPANISH BILL ON PUBLIC WORKS CONCESSION CONTRACTS

ADOLFO MENÉNDEZ MENÉNDEZ.

Subsecretario de Fomento

RESUMEN: Con motivo de la reciente remisión por el Gobierno al Congreso de los Diputados del Proyecto de Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas, se efectúa un estudio general de la figura jurídica del Contrato de Concesión de Obra Pública que incluye sus antecedentes históricos en España, la legislación actualmente vigente que lo contempla y los elementos fundamentales que caracterizan el concepto actualizado de Concesión de Obras Públicas que se recoge en el citado Proyecto de Ley. En este sentido, se profundiza en las conclusiones ofrecidas sobre la materia por la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea 2000/C 121/02, publicada en el DOCE de 29 de abril de 2000 y, siguiendo el nuevo Proyecto de Ley, se analizan los derechos y deberes de los concesionarios de obras públicas, así como las prerrogativas del órgano de contratación correspondiente. Todo ello con el doble objetivo de lograr una mayor certeza y claridad del marco jurídico general regulatorio que, a su vez, estimule la inversión del sector privado en la construcción de las obras públicas previstas en el Programa de Infraestructuras de Transportes 2000-2002 que el Gobierno español está acometiendo por considerarlo necesario para la convergencia real de España con el resto de los países más desarrollados de la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE: CONCESIÓN, CONTRATO, CONSTRUCCIÓN, EXPLOTACIÓN, INFRAESTRUCTURAS

ABSTRACT: The article provides a general overview of the legal nature of Public Works Concession Contracts in the light of the Bill on the same recently submitted to Parliament. The article considers the historical background of these concessions in Spain, the current legislation covering the same and the basic elements characterising the updated concept of Public Works Concessions according to the said Bill. The author also reflects on the conclusions reached in the European Commission's Interpretative Communication on Concessions under Community Law 2000/C 121/02, published in the Official Journal of the European Communities on 29 April 2000, and analyzes the rights and obligations of public works concessionaires in accordance with the new Spanish Bill as well as the prerogatives of the corresponding contracting bodies. The dual objective of all this is to ensure greater certainty and clarity regarding general legislation which shall, in turn, stimulate private investment in the construction of the public works established in the 2000-2002 Transport Infrastructure Programme. This programme having been undertaken by the Spanish Government in order to obtain the real convergence of Spain with the rest of the more developed countries in the European Union.

KEYWORDS: PUBLIC WORKS CONCESSIONS, CONTRACT, CONSTRUCTION, MANAGEMENT, INFRASTRUCTURES

I. INTRODUCCIÓN

El Proyecto de Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública acaba de ser aprobado por el Consejo de Ministros y remitido al Congreso de los Diputados.

El proyecto consta de un único artículo por el que se modifica la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Tex-

to Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. En sus dos primeros apartados se modifican los artículos 5 y 7 referidos a la enumeración de los contratos administrativos y su régimen jurídico. En el apartado 3 se introduce la regulación de la financiación de la obra pública mediante concesión de dominio público. En el apartado 4 se introduce una ampliación del plazo del contrato de ges-

ción de servicios públicos cuando sea de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por Sociedades de economía mixta municipal y, por fin, en el apartado 5 se introduce la regulación completa del contrato de concesión de obras públicas añadiendo un nuevo Título V al Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que se estructura en Cinco Capítulos.

La nueva norma responde a uno de los compromisos adquiridos por el Gobierno en su programa electoral, que, posteriormente, fue ratificado de modo expreso en el Debate del Estado de la Nación del año 2001 (1).

En efecto, este nuevo texto legal quiere dar respuesta a la necesidad económica de aportar caudales privados para la financiación del Plan de Infraestructuras 2000-2007 (2).

Por otra parte, con esta norma se pretende también solventar el problema, histórico entre nosotros, de la insuficiente regulación de la materia, a la que luego me he de referir, en un momento en que se dan dos circunstancias particularmente destacables y a las que, de forma somera, también resulta necesario aludir ya desde ahora. La primera es que el papel del Estado ha sufrido una honda transformación. Hoy la Administración tiene un papel regulador. Pero no un papel subordinado o menor, antes bien al contrario. La segunda consiste en que el tratamiento de las realidades económicas y sociales que aquí abordamos es, hoy más que nunca, multidisciplinar. Lo jurídico, lo técnico y lo económico han de ir de la mano al servicio de un objetivo común de eficiencia y seguridad jurídica que permita la realización de las grandes obras públicas de las que, al final, estamos hablando.

Centrado así el asunto, a continuación se pretende, en primer término, hacer un breve recorrido histórico, para saber de donde venimos, y, más tarde, resumir las novedades más significativas que el nuevo texto legal quiere incorporar, para saber hacia donde vamos.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Frente a la concepción liberal clásica, es sabido que hoy el Estado no se enfrenta a la realidad social considerándola solo como un orden preformado, sino que intenta participar, en ma-

yor o menor medida y de una forma u otra, en la conformación de este orden.

El Estado moderno llega al ciudadano, ya no sólo a través de las clásicas funciones públicas, sino que también entra en el ámbito –tradicionalmente individual– de lo económico, de modo que no renuncia a desarrollar una actividad positiva con el fin de incrementar el bienestar colectivo.

Ahora bien, afirmadas las categorías de función y de servicio público ante una masa de necesidades sociales, no es menos cierto que en las últimas décadas el modelo de Estado de bienestar, surgido en el mundo occidental tras la primera Guerra Mundial y consolidado después de la segunda, se encuentra en profunda revisión, especialmente, en todo cuanto se refiere a los modos o procedimientos de gestión.

En este sentido, ante el Estado se abre una doble opción: o bien prestar sus servicios directamente o bien dejar en manos de los particulares esta prestación, reservándose él el poder concesional y de control en el tiempo de la actuación.

El recurso al procedimiento concesional se traduce de este modo en la entrega a los particulares de una esfera funcional de competencia atribuida a la Administración pública o, más concisamente, en la investidura de una función pública, viniendo a ser de esta manera término medio entre la gestión directa y la pura libertad privada.

En efecto, la idea concesional se manifiesta como dirigida políticamente a hacer compatibles dos principios contrapuestos, relativo el uno a la necesidad de hacer públicas actividades privadas, y atinente el otro al respeto a la iniciativa y a la autonomía particular, porque, a través de este sistema, se logra, manteniendo el control estatal sobre las actividades correspondientes, una despolitización y desburocratización de las mismas, separando dos fases, la de prestación y la de control y dejando en manos públicas sólo la segunda.

De ahí que, a lo largo de la historia y en el continuo afán de las Administraciones públicas para encontrar nuevas formas organizativas, la concesión se ha manifestado como una de las fórmulas que con más complitud coordina satisfactoriamente los intereses públicos y privados, pues minimiza los peligros que para el siempre deseable pluralismo político encierra toda vinculación entre el Estado y la actividad de los particulares en el ámbito de un sistema económico liberalizado.

Por eso, la concesión administrativa no sólo ha pervivido a los cambios de orientación política, sino que ha ido ajustándose flexiblemente a las nuevas exigencias del tiempo hasta tal punto que hoy cabe afirmar que el sistema concesional puede volver a ser la forma políticamente más intachable, administrativamente más ágil, y económicamente más eficaz, de conseguir buena parte de los grandes desafíos que los Estados modernos tienen planteados en materia de obras públicas, pero, a diferencia de las razones que concurrían en el siglo XIX, puramente relacionadas con la protección del patrimonio privado y la libertad individual frente a la actuación estatal, ahora se trata, además, de aumentar y fortalecer las potestades regula-

(1) La Resolución nº 14.3º de dicho Debate estableció lo siguiente: *El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a presentar un Proyecto de Ley en el que se regule de forma unitaria y completa el régimen de concesión y explotación de las obras públicas, los mecanismos de financiación con participación pública y privada y las garantías y prerrogativas de la Administración para asegurar los intereses públicos*

(2) En este sentido y como ya ha tenido ocasión de decir con acierto nuestro Consejo Económico y Social en el Dictamen sobre el entonces todavía Anteproyecto de Ley evacuado con fecha 15 de enero de 2002, *"En el umbral del siglo XXI, las necesidades de modernización y ampliación de la dotación de infraestructuras así como las demandas de prestación de servicios esenciales a los ciudadanos exigen la articulación de respuestas jurídicas y financieras eficaces que estimulen la contribución de los recursos privados al logro de los objetivos públicos. En este contexto, cobra sentido la pretensión del Anteproyecto de recuperar los rasgos definidores de la centenaria figura de la concesión, ajustándola al modelo administrativo y social de nuestros días, haciendo útil de nuevo la institución en todos los campos en que está llamada a operar y, en todo caso, atendiendo a las exigencias de la doctrina y conclusiones de la Comisión Europea..."*

torias de las Administraciones sobre todo durante la fase de explotación para garantizar en todo momento la preservación del interés general así como la solvencia y el control económico en lo que se refiere a la evolución del régimen financiero a que cada concesión se encuentre sujeta.

1. El Real Decreto de 10 de octubre de 1845

El origen de la concesión de obra en España se encuentra históricamente vinculado a las endémicas dificultades que la construcción de las grandes obras públicas plantean en materia de financiación y de idoneidad empresarial de la Administración para la gestión directa de las mismas.

Ante estos problemas, nuestros legisladores de la primera mitad del siglo XIX ya pensaron en recurrir al sistema concesional o "de empresa", como dieron en llamarlo entonces, pero de una manera residual y dejando completa libertad al Gobierno para establecer la regulación concreta del contrato del modo y forma que para cada caso se estimara conveniente.

En este sentido, parece obligado hacer una referencia, siquiera sucinta, a nuestra *Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas*, aprobada por Real Decreto de 10 de octubre de 1845 (3).

De los tres sistemas que enuncia, la Instrucción determina que el preferible es la contrata, siempre que haya fondos suficientes para satisfacer a los contratistas el importe de las obras. Mientras que el sistema de realización por «empresa», es decir el de la concesión, se configura como una vía adecuada cuando la realización de las obras exige considerables sumas que la Administración no se halle en estado de afrontar (4).

Por otra parte, es de significar que, en abierto contraste con la detallada regulación introducida para el contrato de

El origen de la concesión de obra en España se encuentra históricamente vinculado a las endémicas dificultades que la construcción de las grandes obras públicas plantean en materia de financiación y de idoneidad empresarial de la Administración para la gestión directa de las mismas

obras, tanto por este Real Decreto como por el de 27 de febrero de 1852 que estableció las *Reglas para la celebración de toda clase de contratos*, el artículo 18.1 del R.D. de 18 de octubre de 1845 dejaba prácticamente plena libertad al Gobierno en materia de concesión de obra pública, al establecer que: «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».

2. La Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877

En este relevante texto normativo para nuestro Derecho público el sistema concesional sigue estando justificado por el problema de la financiación, pero, a diferencia del régimen previsto en la norma anteriormente referida, la concesión de obra pública se caracteriza como un tipo más de contrato que ya no tiene carácter residual, que conoce una notable variedad de figuras mixtas verdaderamente pioneras de soluciones a problemas muy actuales y tiene su propia regulación específica (5).

Más adelante, esta Ley regula con detalle las concesiones de obra pública, distinguiendo diversos supuestos como son: las obras públicas para cuya ejecución no se pida subvención ni ocupación de dominio público (cap. VI), las obras subvencionadas con fondos públicos pero que no ocupen dominio público (VII) y los supuestos en que se pide la concesión de dominio público y dominio de Estado (VIII).

Por otra parte, admite la posibilidad de que la iniciativa individual «descubra» el interés de llevar a cabo una obra pública y solicite su concesión; en cuyo caso, la Ley regula la forma de solucionar los problemas que pueden presentarse en orden a la determinación de la utilidad pública y el conflicto de intereses que puede suscitarse entre el peticionario, el autor del proyecto aprobado y el adjudicatario de la licitación.

Además, la Ley regula el régimen de la concesión, duración, cesión de la concesión, propiedad de las obras y caducidad en caso de incumplimiento.

3. La Ley de Contratos del Estado y las Directivas de la Unión Europea

El legislador de 1965 eludió por completo el tema que nos ocupa, omitiendo incluso toda regulación sobre las especiali-

(3) El Artículo 5º de la presente Instrucción, establecía lo siguiente: "...las obras nacionales como las provinciales y municipales pueden realizarse por empresa, por contrata o por administración. 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.

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.

En las obras por administración, el Gobierno, las provincias o los pueblos son los ejecutores encargados directamente de todas las operaciones así facultativas como económicas en la forma que determinen las leyes y los reglamentos e instrucciones del ramo."

(4) Dicen al respecto los artículos 6 y 7 de la Instrucción: "Artículo 6. Deberán preferirse las contratas siempre que haya fondos suficientes para satisfacer a los contratistas el importe de las obras que vayan ejecutando a plazos fijos y de un modo positivo, bien procedan los recursos de arbitrios impuestos al intento, o de cualesquiera otros medios conocidos.

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."

[5] Así, resulta muy significativo el tenor literal de su artículo 26 cuando dispone que: "El Gobierno podrá contratar las obras públicas que sean de su cargo:

1º Obligándose a pagar el importe de las obras a 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 a este servicio.

2º Otorgando a los contratistas el derecho de disfrutar por tiempo determinado del producto de los arbitrios que se establezcan para el aprovechamiento de las obras, según lo dispuesto en el artículo 24 de la presente Ley.

3º Combinando los dos medios expresados"

dades que se derivan de las concesiones mixtas de obra y servicio.

Las primeras Directivas comunitarias sobre contratos públicos excluían expresamente de su ámbito de aplicación a las concesiones de obras públicas. Así se desprendía, por ejemplo, de lo establecido en el artículo 3.1 de la Directiva 71/305/CEE.

Por tanto, las concesiones de obras públicas quedaban al margen de la normativa europea, dejando abierta una importante vía de escape del Derecho comunitario, que difícilmente podía justificarse seriamente por la evidente desprotección jurídica en que quedaban principios irrenunciables de este ordenamiento como son la libertad de circulación y de concurrencia en el interior de la Unión.

De esta circunstancia se hizo eco la Directiva 89/440/CEE, en cuyo preámbulo se manifestaba la necesidad de "dar mayor precisión a la noción de contratos de obras públicas con objeto de tener en cuenta, en particular, las nuevas formas de atribución contractuales de servicios", considerando además "la importancia creciente de la concesión de obras públicas y su naturaleza específica". En consecuencia, la citada directiva sujetó a las concesiones de obras a las normas de publicidad contenidas en la misma.

Finalmente, la Directiva 93/37/CEE, que es la actualmente en vigor y en la que se funda nuestra vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, refundió las anteriores directivas dictadas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, que eran la Directiva 71/305 CEE, modificada por las Directivas posteriores 78/669 CEE, 89/440 CEE y 90/380 CEE, sustancialmente.

III. LA LEGISLACIÓN VIGENTE

Un rápido repaso del régimen jurídico vigente en nuestro derecho interno sobre la materia que nos ocupa hace patente la dispersión normativa y las muy notables carencias de que dicho régimen adolece.

Haciendo abstracción ahora de las especialidades propias la Administración Local, es de significar ante todo que nos encontramos actualmente, por un lado, con una regulación de aplicación general, pero de contenido muy reducido, que puede encontrarse en la Directiva 93/37/CEE ya referida y que ya ha sido objeto de trasposición por los artículos 130 a 134 de la nueva LCAP y, por otro, con regulaciones estrictamente sectoriales de la figura que se circunscriben exclusivamente al ámbito de las autopistas de peaje, de las obras hidráulicas y de los ferrocarriles.

Por tanto, desde un punto de vista cuantitativo, parece necesario no solo enriquecer el contenido de la regula-

ción jurídica de esta figura, sino también extenderlo a todos los sectores susceptibles de ser objeto de un concepto amplio de concesión de obra pública.

Por otra parte, no cabe omitir aquí la importancia que, tanto para el ordenamiento jurídico comunitario como, lógicamente, para el interno, reviste la aún reciente Comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre las concesiones en el Derecho Comunitario (2000/C 121/02; DOCE de 24 de abril de 2000), que ha analizado el concepto y la naturaleza jurídica del contrato de concesión de obras para identificar sus características o rasgos esenciales.

Para la Comisión Europea el elemento determinante de este tipo de contrato consiste en que los riesgos inherentes a la explotación de la obra han de transferirse de alguna manera y en mayor o menor medida al concesionario, pues "si el reembolso de las financiaciones corriera a cargo del órgano de contratación, sin riesgos vinculados a la gestión de la obra, faltaría el elemento de riesgo y el contrato debería calificarse como contrato de obras y no como concesión. Además, si durante la duración del contrato o al término del mismo el concesionario recibe, directa o indirectamente (en forma de reembolso, de compensación de pérdidas o de otra forma), una remuneración distinta de la correspondiente a la explotación, el contrato ya no podría ser tildado de concesión (2.1.2 y Nota 9).

Por lo demás, el hecho de que la Directiva 93/37/CEE "permita que el derecho de explotación vaya acompañado de un precio [precios sociales, importe a tanto alzado, importe fijo en función del número de usuarios, etc.] no cambia ... la naturaleza del contrato si el precio pagado cubre sólo una parte del coste de la obra y de su explotación" ... "siempre y cuando este [precio] no elimine el riesgo inherente a la explotación".

En consecuencia y desde un punto de vista cualitativo, resulta también perentorio recoger en nuestro derecho interno un régimen jurídico de la concesión de obra pública que la preserve de su desnaturalización conceptual y garantice el mantenimiento de sus perfiles esenciales tal y como han quedado anteriormente expuestos.

He aquí otra buena parte de las razones por las que el Gobierno ha considerado necesario ampliar y enriquecer la LCAP con el nuevo Proyecto de Ley Reguladora de la Concesión de Obras Públicas.

1. La vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

Esta norma, en su redacción actual, contiene una regulación general en los preceptos arriba referidos, pero que resulta muy incompleta, porque, en la práctica, el legislador de 1999 y luego del 2000 se conformó con trasponer la Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, que, a

su vez, se había limitado a extender a la concesión de obras algunos extremos de la regulación del contrato de obras, especialmente en materia de publicidad y concurrencia para evitar la conculcación de los grandes principios del derecho comunitario anteriormente citados, pero sin ocuparse de otras cuestiones básicas y específicas del contrato de concesión en sí mismo considerado.

1.1. La insuficiencia del concepto de concesión de obra pública en el actual artículo 130.1 de la LCAP

El actual artículo 130.1 de la LCAP define este contrato como aquel en el que, siendo su objeto alguno de los contenidos en el artículo 120, la contraprestación a favor del adjudicatario consiste en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

Frente a la lista tasada del artículo 120 LCAP: Construcción de bienes inmuebles, trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo y reforma, reparación, conservación o demolición de los elementos anteriormente definidos, no hay obstáculo jurídico alguno para que las obras públicas objeto del contrato de concesión puedan ser, desde una perspectiva mucho más amplia incorporada por el nuevo Proyecto que viene a modificar la LCAP, todas aquellas que, siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica, o sean precisas para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés público o general.

Por otra parte, se encuentran ayunos de toda previsión legal aquellos supuestos en que la contraprestación al contratista de una obra sea distinta de un precio o del derecho de explotar dicha obra o de este derecho más el de percibir un precio. Así, ante la necesidad de construir y mantener o solo de mantener obras no susceptibles de explotación económica, el Proyecto de Ley ya prevé expresamente una contraprestación consistente en una concesión de dominio público en la zona de servicios o en el área de influencia en que se integre la obra.

1.2. Insuficiencias del actual artículo 130.2 LCAP respecto de las fases de preparación y adjudicación del contrato de concesión de obra pública

Como la LCAP, en su redacción vigente, solo parte del modelo del contrato de obra contenido en la Ley de Contratos del Estado, que no contemplaba la concesión de obra como ya vimos, y la Directiva comunitaria que traspone solo contiene remisiones a los procedimientos de adjudicación de obras, los preceptos que comentamos nada dicen sobre la posibilidad de iniciativas particulares para proponer obras públicas que también pudieran ser de interés general, así como sobre la posición jurídica del promotor y del autor del

proyecto seleccionado cuando no resultaran adjudicatarios. Estas cuestiones reciben ya cumplida atención en el Proyecto de Ley a que nos venimos refiriendo.

1.3. Otras insuficiencias reseñables

La LCAP nada dice sobre la titularidad de la Administración o del concesionario de los terrenos que hubieran de ser expropiados para la construcción de la obra pública en régimen de concesión, pues el artículo 130.2 se limita a declarar que el contrato de concesión de obras queda sujeto a las normas generales del contrato de obras en el que este problema no se plantea, toda vez que el contratista carece de derecho alguno a la explotación de la obra y de los terrenos afectos a la misma. El tema se aborda expresamente en el tan citado Proyecto de Ley, dejando claro que el concesionario solo ostentará la condición de beneficiario de la expropiación.

Las previsiones de la LCAP en materia de modificación tanto del contrato de obras como del de gestión de servicios resultan totalmente insuficientes para el contrato de concesión de obras, pues solo en este último se plantean las especialidades propias del régimen tarifario en relación con el tema de la elasticidad de la demanda en la utilización de la obra concedida, teniendo en cuenta el alto coste financiero que normalmente tiene la obra a realizar por el concesionario en la fase inicial del contrato. Esta cuestión sí aparece ya contemplada en los diversos preceptos del nuevo Proyecto que se ocupan del Plan económico-financiero de la concesión.

2. La Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión

Se trata del primero de los sectores que contó en nuestro derecho con una regulación específica en materia de concesiones y que poco después de la iniciación del Plan de Autopistas se estimó indispensable para alcanzar un solo régimen jurídico básico que ofreciese la certidumbre y estabilidad normativa suficiente para hacer atractiva la participación de la financiación privada en la construcción de estas costosas obras públicas.

Se quiso superar así la dispersión y la casuística en que se había incurrido anteriormente con la promulgación de Decretos leyes específicos para el concurso que se convocaba para la construcción de cada autopista.

Particular relevancia tiene en esta Ley el régimen del objeto social de las correspondientes sociedades concesionarias contemplado en su artículo 8, pues constituye tanto un importante medio de control público de su actividad como un mecanismo que permite modular las posibilidades de incrementar los recursos financieros que dichas sociedades puedan allegar para mejorar sus cuentas de resultados, pero también

para el mejor cumplimiento de sus obligaciones en materia de conservación, mantenimiento y mejora de la autopista concedida.

En este sentido, la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, primero, y la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, después, vinieron a modificar la estricta redacción inicial del art. 8.2 de la Ley de Autopistas, para permitir, en un primer momento, que formaran parte del objeto social de la concesionaria "las actividades dirigidas a la explotación de las áreas de servicio de las autopistas cuya concesión ostenten, las actividades que sean complementarias con la construcción, conservación y explotación de las autopistas ..., las estaciones de servicio, centros integrados de transportes y aparcamientos, siempre que todos ellos se encuentren dentro del *área de influencia* de dichas autopistas. Su extensión se determinó reglamentariamente fijándose en una franja de 20 km. comprendida entre líneas paralelas a ambos lados de la autopista; según estableció la disposición adicional décima del Reglamento de Carreteras, introducida por el Real Decreto 597/1999, de 16 de abril. La segunda de la Leyes citadas volvió a ampliar el objeto social del titular de la concesión al incluir "la construcción de ... obras de infraestructuras viarias distintas a 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 solo ejecución se impongan al concesionario como *contraprestación*".

Por otra parte, la revisión del equilibrio económico-financiero de la concesión que el artículo 24.2 de la Ley 8/1972 solo permitía de manera unidireccional a favor del concesionario, ha sido recientemente modificada para permitir también una revisión de dicho equilibrio de carácter bidireccional, es decir, tanto si los ingresos del concesionario bajan por debajo del nivel de equilibrio como si suben de manera estable y considerable por encima de las expectativas contempladas en el régimen económico-financiero correspondiente.

Ahora bien, la completa puesta al día de este régimen y su extensión a todas las obras públicas susceptibles de concesión, son objetivos ya irrenunciables si, como se quiere, la participación de la financiación privada en las obras previstas en el Plan de Infraestructuras de Transportes 2000-2007 debe alcanzar un incremento significativo.

3. El artículo 173 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social

En la línea emprendida por el Gobierno que salió de las elecciones de 1996 de abrir cauces para la participa-

ción de la financiación privada en las grandes obras públicas necesarias esta vez para el sector hidráulico, el citado artículo vino a dar regulación jurídica específica al denominado *contrato de concesión y construcción y explotación de obras hidráulicas*.

De acuerdo con lo previsto por el referido precepto, este contrato ha podido ya ser utilizado por las Administraciones públicas para la construcción, conservación y explotación de las obras e infraestructuras vinculadas a la regulación de los recursos hidráulicos, su conducción, potabilización y desalinización, así como al saneamiento y depuración de aguas residuales.

A los efectos de mera referencia que solo cabe hacer aquí, bastará decir que este contrato de concesión y construcción y explotación de obras hidráulicas se rige actualmente por los artículos 133 a 135 del Texto Refundido de la Ley de Aguas aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2000, de 2 de julio.

4. Los artículos 159 a 165 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de los Transportes Terrestres

En estos preceptos se contiene, finalmente, la vigente regulación para las concesiones de ferrocarriles a la que por su carácter específico debe hacerse mención en este lugar para dejar constancia también de la notable dispersión normativa existente en nuestro derecho sobre las concesiones de obras públicas

IV. SÍNTESIS DE LOS ELEMENTOS FUNDAMENTALES QUE CARACTERIZAN EL NUEVO CONCEPTO DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

- a) El contenido de la obra pública: Además de la lista contenida en el actual artículo 120 TRLCAP, obras públicas son ahora todas aquellas, susceptibles de explotación, que sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o sean precisas para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés público o general.
- b) Efectiva asunción por el concesionario del riesgo concesional: La asunción de riesgo *en proporción sustancial* por el concesionario resulta determinante para que el contrato de concesión merezca tal calificación. Se impone pues actualizar y acomodar nuestro derecho positivo a las exigencias de la doctrina y conclusiones de la Comisión Europea expuestas en su Comunicación Interpretativa 2000/C 121/02 publicada en el DOCE de 29 de abril de 2000.
- c) Equilibrio económico-financiero de la concesión: Frente a la antigua redacción del artículo 24 de la Ley de Autopistas y, sobre todo, frente a lo que ya casi es

tradición en nuestros pliegos de condiciones, este equilibrio deberá restablecerse, tanto si se ha roto en perjuicio como a favor del concesionario.

- d) Apertura a los mercados financieros: No solo mediante la eventual presencia de grupos financieros en las sociedades concesionarias, sino a través de la emisión de toda clase de obligaciones, la titulización de los derechos de crédito vinculados a la explotación de la obra, así como a sus zonas complementarias de explotación comercial y la hipoteca de la concesión misma, acompañadas estas dos últimas figuras de un sólido y amplio repertorio de garantías para los posibles poseedores de títulos y acreedores hipotecarios.

V. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO

1. Derechos

Los derechos del concesionario, en el nuevo régimen jurídico concesional al que nos venimos refiriendo pueden clasificarse tal como se indica:

a) Derechos definidores de la concesión concreta, que incluye, a su vez, los siguientes:

- 1) El derecho a explotar la obra pública objeto de la concesión por el plazo pactado. En este punto, reviste importancia singular en el nuevo marco jurídico diseñado la posibilidad de que en el proyecto concesional, es decir, formando parte de la concesión misma, puedan existir *las zonas complementarias de explotación comercial* definidas como "zonas o terrenos para la ejecución de actividades complementarias, comerciales o industriales que sean necesarias o convenientes por la utilidad que prestan a los usuarios de las obras y que sean susceptibles de un aprovechamiento económico diferenciado, tales como establecimientos de hostelería, estaciones de servicio, zonas de ocio, estacionamientos, locales comerciales y otros susceptibles de explotación".

Los antecedentes de esta figura se encuentran en las sucesivas reformas del art. 8.2 de la Ley de Autopistas anteriormente estudiadas, si bien ahora se utiliza un concepto más amplio que el de "área de servicio" y se supera la idea de "construcción de otras infraestructuras viarias con incidencia en la concesión", pues las notas definidoras de estas "zonas complementarias de explotación comercial" solo requieren el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) su implantación de conformidad con el planeamiento urbanístico que resulte de aplicación; b) su explotación conjunta con la obra, al integrarse en una concesión única; y c) su sujeción al control de la Administración concedente.

En todo caso, conviene destacar que la explotación de las zonas complementarias, integradas en la concesión, no puede confundirse con la explotación de los servicios que en dichas zonas pudieran prestarse. Esto es, la explotación de las zonas complementarias de la concesión supondrá la contratación con terceros de la prestación de servicios diversificados y, en cuanto tal, serán ajenos a la relación Administración concedente - adjudicatario de la concesión

- 2) El derecho a percibir la retribución económica prevista en el correspondiente contrato. Otra novedad en este punto digna de mención es el cauce que ahora se abre para la participación de los propios licitadores, a través de su oferta, en la configuración del sistema de retribución de cada concesión.

A tal efecto, el Proyecto establece que, entre los extremos que habrán contenerse en los pliegos, deberá encontrarse el sistema de retribución del concesionario, al tiempo que dispone que sobre este aspecto y dentro del marco general que, en su caso, pueda fijar el pliego, las proposiciones deberán considerar específicamente en el Plan económico-financiero que cada una oferte la incidencia en las tarifas, en las previsiones de amortización y en el plazo concesional de los rendimientos previstos por la demanda de utilización de la obra y, en su caso, por los beneficios derivados de la zona de explotación comercial.

De ahí que, siempre con referencia al contenido de las proposiciones, el Anteproyecto también anuncie que, en los casos de financiación mixta de la obra, por el órgano de contratación habrá de valorarse el esfuerzo inversor del licitador tomando en consideración el porcentaje de financiación con cargo a recursos públicos que solicita por debajo de los establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

- 3) El derecho al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión. También aquí resulta novedosa la participación de los propios licitadores, a través de su oferta, en la fijación de los niveles que consideren mínimo y óptimo de los rendimientos de cada concesión de modo que, si tales niveles se alcanzaran, proceda la revisión del Plan económico-financiero.

Se trata de conferir ahora verdadera importancia al Plan económico financiero de la concesión no solo en el

En los casos de financiación mixta de la obra, por el órgano de contratación habrá de valorarse el esfuerzo inversor del licitador tomando en consideración el porcentaje de financiación con cargo a recursos públicos que solicita por debajo de los establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares

momento de su otorgamiento sino a lo largo de todo el periodo concesional.

Por tanto, el nuevo Proyecto concibe dicho Plan, que ha de ser parte integrante de toda proposición, como un instrumento totalmente neutral en el equilibrio económico de la concesión, pues ha de tomar en consideración tanto los intereses del poder concedente —que son los intereses públicos— como los del concesionario y siempre partiendo de la base de que los valores o parámetros objetivos que se tomen como referencia en cada concesión serán los incluidos en la oferta hecha por el propio concesionario que fundamentó la adjudicación del contrato y sirvió de base para su definición última. Coherentemente con lo arriba señalado, se establece que el contrato de concesión de obra pública deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario y de ahí que ya no quepa limitar la obligación de restablecer dicho equilibrio a los supuestos tradicionales de modificación de las condiciones de explotación de la obra por razones de interés público, o de supuestos de "factum principis" o de circunstancias imprevistas, sino que ahora también habrá que proceder al reequilibrio cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión.

b) Derechos genéricos propios de la institución concesional, que caracterizan al concesionario como colaborador privilegiado de la Administración Pública. Estos derechos se concretan en:

- 1) El derecho a la utilización de los bienes de dominio público necesarios para la construcción y explotación de la obra pública, que incluye el aprovechamiento de bienes específicos de dominio público, como aguas o materiales que aparezcan durante su ejecución,
- 2) El derecho a constituirse en beneficiario de la expropiación forzosa e imposición de servidumbres
- 3) El derecho a ejercer cuantas acciones fueran necesarias para hacer viable su condición de concesionario.
- 4) El derecho de ceder la concesión de acuerdo con lo previsto en la Ley
- 5) El derecho a hipotecar la concesión o titularizar sus derechos de crédito de acuerdo con lo que la propia ley determina.
- 6) Cualesquiera otros que le sean reconocidos por las leyes o los pliegos de condiciones.

2. Obligaciones

Teniendo en cuenta el nuevo régimen previsto, merecen destacarse aquí las siguientes:

- 1) La ejecución de la obra con arreglo a lo dispuesto en el contrato. No tiene especialidades destacables con respecto a las que corresponden al contratista de obras públicas.

- 2) La explotación de la obra pública, contrapunto del propio derecho a ejecutarla. Ahora bien, también debe admitirse la posibilidad de que la concesión consista solo en el derecho a explotar la obra pública.

Frente a las críticas que tal posibilidad ya ha suscitado arguyendo que la Ley General de Obras Públicas de 1877 no admitía semejante posibilidad, hay que decir que la cuantía de las inversiones financieras requeridas para la explotación y el mantenimiento de las modernas y complejas obras públicas que hoy se requieren, superará ampliamente los parámetros que en 1877 pudieran haberse ponderado para la explotación y el mantenimiento de las carreteras, quedando ahora plenamente justificada la existencia de un riesgo más que suficiente para que pueda hablarse de verdadero riesgo concesional y de ahí que ya la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Autopistas, reformada por la Ley 55/1999, admitiera sin problema alguno las concesiones administrativas para la conservación y explotación de tramos de autopistas ya construidos.

Pero es que, además, no es este el único precedente de concesión de la sola explotación de una obra pública previamente construida que existe en nuestro ordenamiento jurídico vigente, pues resulta notorio que los artículos 159 y 160 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, a los que anteriormente ya se ha aludido, prevén y regulan expresamente las concesiones de explotación de líneas de ferrocarriles que no hayan de formar parte de la Red Nacional Integrada.

- 3) Velar por el buen uso y conservación de la obra pública.

Se trata, quizá, de la obligación que más ha querido potenciarse hasta el punto de que ya se le ha dado en llamar la *cláusula de progreso*.

Aunque la idea ya podía identificarse sustancialmente en el artículo 60 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Acompañamiento a la de Presupuestos para el año 2000, pero solo para el contrato de servicios de gestión de autovías que allí se contemplaba, lo conceptualmente importante aquí estriba en que ahora la adecuada conservación de la obra pública ha de vincularse a los adelantos de carácter técnico o científico que puedan repercutírsele. Esto es, el concesionario debe garantizar que la obra pública recibirá en todo momento el mejor tratamiento técnicamente posible.

De ahí que el Proyecto, someta todos los contratos de concesión de obras públicas a la obligación por parte del concesionario de mantener la obra de conformidad

con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental y de seguridad de los usuarios, que resulte de aplicación.

• 4) La admisión en la utilización de la obra pública a todo usuario. Es el corolario lógico de los principios, que también obligan al concesionario, de igualdad de trato, a no ser que la diferencia estuviera justificada por motivos objetivos y proporcionados, y el de protección de los derechos de los particulares, en cuya virtud sus decisiones de denegación o rechazo, deben justificarse y poder ser objeto de recursos judiciales por parte de sus destinatarios.

• 5) La asunción del riesgo económico de la gestión. Esta obligación es la contrapartida de su derecho a la retribución económica pactada así como de su derecho al mantenimiento del equilibrio económico financiero que ya han sido tratados anteriormente.

• 6) El cuidado del buen orden en el uso de la obra pública y la protección del dominio público vinculado a la concesión, preservando sus valores ecológicos y ambientales.

• 7) La indemnización de los daños que se ocasionen a terceros por causa de la ejecución de las obras o de su explotación, cuando le sean imputables.

• 8) Todas aquéllas que, en función de la concesión concreta, pudieran contenerse en las leyes aplicables o en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares.

Entendemos, finalmente, que, en todo caso y, o bien por su mención concreta en el listado anterior o bien a través de esta última cláusula de remisión general citada, deben considerarse obligaciones de los concesionarios las dimanantes de los principios recogidos en el Dictamen 1999/C 368/17 del Comité Económico y Social Europeo sobre "Los servicios de interés general" y que son los siguientes: igualdad, universalidad, fiabilidad, participación, transparencia, simplificación de procedimientos, rentabilidad y eficacia, calidad de los servicios, prestación de un servicio adecuado, evaluación de los resultados, cooperación entre prestatarios, coste asequible y protección del medio ambiente.

VI. PRERROGATIVAS DEL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN

Una de las notas determinantes de la institución de la concesión es la presencia de la Administración pública como poder concedente. Esta cualidad sustantiva de "poder concedente" debe traducirse, necesariamente, en el recordatorio de las prerrogativas y derechos de la Administración como valedora del interés público.

Las prerrogativas de la Administración serán las propias del órgano de contratación, recogidas en la legislación de contratos, más las específicas en función de la naturaleza singular del propio contrato de concesión

De acuerdo con lo expuesto, las prerrogativas de la Administración serán las propias del órgano de contratación, recogidas en la legislación de contratos, más las específicas en función de la naturaleza singular del propio contrato de concesión. En este sentido, las que pueden considerarse más relevantes son:

- a) La de restablecer el equilibrio económico de la concesión
- b) La de fijar en su caso las tarifas máximas por la utilización de la obra pública
- c) El establecimiento, con carácter temporal, de las condiciones de utilización de la obra pública ante circunstancias excepcionales con

abono de la indemnización que corresponda al concesionario.

El recurso a esta última prerrogativa, claramente innovadora, debe garantizar en todo momento, ante situaciones de grave compromiso o amenaza circunstancial para el interés general, la subordinación a éste de la concesión, esto es, de la propia relación contractual, mediante su transformación coyuntural y transitoria en los términos previstos en el proyecto.

• d) La modificación de la obra pública, en sentido estricto, su ampliación o la realización de obras complementarias.

En todo caso, estas facultades deberán obedecer a razones de interés público y justificarán, en su caso, la revisión del plan económico-financiero para acomodarlo a las nuevas circunstancias.

Por otra parte, cuando las obras, resultantes de las modificaciones permitan una explotación independiente, su construcción y explotación han de ser objeto de nueva licitación. El criterio de la explotación independiente adapta a este contrato, en buena medida, los criterios utilizados por el Consejo de Estado para diferenciar las modificaciones de obra de las obras complementarias en el contrato de obra: posibilidad de utilización separada de las obras nuevas, su necesidad respecto al proyecto inicial y las dificultades técnicas de adjudicación y ejecución independientes (Dictamen 424, de 2 de abril de 1992). Todo ello sin perjuicio de que la legislación específica de cada obra pública precise lo que ha de entenderse por modificación atendiendo a las características físicas de la obra

• e) Las derivadas de las facultades de vigilancia, control e inspección, que, a su vez, implican las siguientes:

e.1. El secuestro de la concesión.

Es el medio para la salvaguardia del fin al que se ordena la concesión, esto es la mejor atención de la demanda social.

Los supuestos que abrirán paso al secuestro serán la imposibilidad de que el concesionario pueda hacer frente, temporalmente y con grave daño social, a la explotación de la obra pública por causas ajenas al mismo y el incumplimiento grave, por su parte, de sus obligaciones hasta el punto de poner en peligro la explotación de la obra.

La ejecución del secuestro deberá ir precedida de la previa notificación al concesionario de que se acordará el mismo para el caso de que no corrija la deficiencia o deficiencias advertidas.

Los supuestos que justifican el secuestro, que en todo caso tendrá carácter temporal sin que pueda exceder de tres años, se completan con una remisión a otros posibles que se recogen en el propio Proyecto como garantía de acreedores por titulación.

El secuestro de la concesión supondrá la asunción por parte del órgano de contratación de la explotación directa de la obra, a cuyo efecto designará uno o varios interventores que sustituirán, total o parcialmente, al personal directivo de la empresa concesionaria.

La explotación de la obra pública objeto de secuestro seguirá efectuándose por cuenta y riesgo del concesionario que tendrá derecho, terminado aquél, al saldo que resultase tras ser abonados los correspondientes gastos y deducidas las penalidades que en su caso le hubieran sido impuestas.

e.2. El régimen de penalidades.

Podrán imponerse al concesionario por incumplimiento de sus obligaciones contractuales, debiendo subrayarse que el órgano de contratación no ejerce aquí potestades sancionadoras sino que aplica cláusulas de penalización de carácter contractual.

El repertorio de penalidades por incumplimiento de las cláusulas contractuales podrá imponerse durante la fase de ejecución de la obra, en cuyo caso su régimen será el establecido en el artículo 95 del TRLCAP, o durante el período de explotación, debiendo estar en

este supuesto a lo prevenido en el correspondiente pliego de condiciones. Los incumplimientos graves podrán dar lugar, siempre de conformidad con lo que establezca el pliego de condiciones, a la resolución de la concesión o a su secuestro temporal, con independencia de la imposición de las penalidades que procedan.

e.3. La imposición de multas coercitivas

Aplicables cuando el concesionario persista en el incumplimiento de sus obligaciones y no atienda los requerimientos de la Administración.

VII. CONCLUSIÓN

En atención a las razones políticas, jurídicas y económicas sucintamente expuestas a lo largo de estas líneas, entiendo que existen motivos que justifican sobradamente la necesidad de no demorar más la puesta al día de una institución tan relevante en la historia de nuestro Derecho público como es la concesión de obra pública.

Con el Proyecto, cuyo contenido fundamental y antecedentes, han quedado expuestos, pienso que se consigue una regulación completa que configura la citada institución como un instrumento verdaderamente idóneo, por un lado, para mejorar significativamente el servicio objetivo y eficaz a los intereses generales al que se deben todas las Administraciones públicas por ineludible imperativo constitucional y, por otro, para asegurar la colaboración de las distintas Administraciones y del sector privado en la construcción y mantenimiento del ambicioso Programa de Infraestructuras de Transportes 2000-2007 que el Gobierno está acometiendo durante estos años por considerarlo necesario para la convergencia real de España con el resto de los países más desarrollados de la Unión Europea.

En todo caso el texto inicia ahora una andadura parlamentaria de la que es de desear que salga fortalecido y mejorado. ■

BIBLIOGRAFÍA

- Menéndez Menéndez, Adolfo, "El modelo concesional en España". Curso de Economía e Infraestructura. Madrid, Ministerio de Fomento, 2002.
- Menéndez Menéndez, Adolfo, "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. 2001