

Contrato de Obra, Concesión de Obra, Concesión de Servicio Público: ¿son técnicas intercambiables?

Gaspar Ariño Ortiz*

En el presente artículo, el autor nos plantea la diferenciación entre tres figuras, muy próximas entre sí, pero con diferente planteamiento económico y régimen jurídico como lo son el contrato de obra, la concesión de obra y la concesión de servicio. Para ello describe la naturaleza y el desarrollo histórico de dichas figuras que responden a un mismo fin, el cual es proporcionar infraestructuras de uso general y servicio público, teniendo como centro de referencia de las tres figuras a la obra pública.

I. LA CONCESIÓN COMO FIGURA. TIPOS Y MODALIDADES. NOTAS DEFINITORIAS

Es bien conocida la tradicional dificultad de definir esta figura, especialmente a efectos fiscales. En efecto, nos encontramos con una variada gama de modalidades concesionales: demaniales, de servicio, de obra, industriales, pesqueras; licencias y autorizaciones singulares; concesiones urbanísticas o de urbanización; y otros actos o negocios administrativos, cualquiera que sea su denominación, por los que se origine una atribución de derechos o un desplazamiento patrimonial a favor de particulares. Cada una de estas modalidades puede tener un contenido jurídico diferente, cuya valoración a efectos fiscales resulta muy problemática. ¿Qué se debe entender por “concesión” cuando esta expresión se utiliza por las leyes fiscales?

El concepto de “concesión administrativa” es un concepto genérico que engloba realidades muy diversas. La doctrina ha tratado de ofrecer una idea-marco que permita englobar las distintas realidades en ella contenidas¹. Y así, VILLAR PALASÍ, por ejemplo, ha escrito:

“...la idea general que permite englobar en un género común y unidad conceptual las

diversas modalidades de la concesión administrativa, radica... en la transferencia a uno o varios sujetos de una esfera de actuación originariamente perteneciente a una entidad administrativa”².

Tal fue la formulación unitaria del famoso Dictamen del Consejo de Estado de 14 de noviembre de 1950 (Consulta N° 6.683), que hablaba de una “esfera de acción originariamente administrativa”. Esta esfera administrativa unas veces puede ser demanial, otras de actividad estrictamente tal y otras pueden combinarse ambos aspectos en una misma concesión.

La doctrina ha señalado siempre que esta transferencia al particular de una función administrativa “lo es sólo en cuanto a su ejercicio, reteniéndose en todo caso su titularidad por la Administración concedente: por ello el servicio público sigue siendo tal y referible a la Administración que mantiene en él facultades de imperio (STS, citada, de 21 de febrero de 1969) y por ello la concesión demanial no implica una cesión plena del dominio público al particular, pues la Administración no se desprende de su titularidad, sino sólo de la explotación de los bienes”³.

* Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Autónoma de Madrid. Socio Fundador de Ariño y Asociados, Abogados.

1 Vid. Sobre el tema el siguiente conjunto de trabajos: GARCÍA TREVIJANO, Aspectos de la administración económica, RAP, número 12 (1953), páginas 11 y siguientes; del mismo autor, Caducidad de concesiones hidráulicas, número 16 de la misma Revista (1955), páginas 261 y siguientes, GARCIA DE ENTERRÍA, El dogma de la reversión de las concesiones, en los Estudios dedicados al Profesor GASCÓN y MARÍN en el cincuentenario de su docencia, 1952, p. 355 y ss; también La actividad industrial y mercantil de los municipios, núm. 17 de RAP (1955), p. 87 y ss, esp. P. 94; id., El problema de la caducidad de las concesiones de aguas públicas y la práctica de las concesiones en cartera, número 17 de la misma Revista (1955), p. 269 y ss, VILLAR PALASÍ, La eficacia de la concesión y la cláusula “sin perjuicio de tercero”, número 5 de esta Revista (1951), p. 147 y ss; y especialmente la voz Concesiones Administrativas, NEJS, IV, p. 684 y ss. Junto a ellos, el excepcional libro de ALBI, Fernando, Tratado de los Modos de Gestión de las Corporaciones Locales, Madrid, Aguilar, 1960.

2 VILLAR PALASÍ, J.L., Concesiones Administrativas, NEJ, Seix, Tomo V (10).

3 Vid. recientemente, PAREJO, R., Transmisión y gravamen de concesiones administrativas, RAP, 107 (1985), p. 7 y ss.

Semejante visión genérica y global, sin embargo, tiene sólo un interés relativo, pues al encerrar en sí realidades tan diferentes no ofrece un concepto unívoco, ni un régimen jurídico uniforme⁴. La doctrina ha hablado, por ello, de que la concesión, tan genéricamente entendida, es puro "*nomen iuris*"⁵. Otro tanto ocurre –si no es todavía peor– con el concepto de "servicio público", que es un concepto polivalente, empleado por nuestro ordenamiento jurídico en diferentes sentidos y respecto del cual no se puede predicar, sin algunas aclaraciones previas, un régimen jurídico uniforme.

Tal era, hasta fecha reciente, el planteamiento tradicional de la concesión, más bien de carácter doctrinal, pues la legislación, en su terminología, seguía siendo caótica. Ahora bien, no obstante, la confusión conceptual y terminológica reinante debemos intentar delimitar la realidad jurídica concesional, lo que a mi juicio se puede hacer sobre la base de las siguientes notas:

1. Transferencia constitutiva de derechos sobre unos bienes o una actividad originariamente administrativos. El presupuesto de toda concesión es el artículo 128º CE: reserva al sector público de "recursos o servicios esenciales", es decir, bienes o actividades (sectores de actividad) que han pasado a ser, por ley, patrimonio o quehacer del Estado, respecto de las cuales la libertad de empresa desaparece.
2. Toda concesión supone, por tanto, bien el reconocimiento de derechos de aprovechamiento privativo sobre unos bienes, bien el título de habilitación para el ejercicio de una actividad, también de ordinario, con carácter exclusivo. Sin concesión no se puede utilizar esos bienes (con carácter privativo) ni desarrollar esa actividad.
3. La concesión puede ser un acto unilateral necesitado de aceptación, cuando la transferencia de derechos se hace a favor de su titular, sin ulteriores beneficiarios (típica concesión demanial); o puede otorgarse con obligaciones de ulterior actividad en favor de terceros, beneficiarios de ésta (típica concesión de servicio) en cuyo caso la concesión adopta la forma de un contrato (acto bilateral en el que dichas obligaciones se plasman).
4. La concesión es siempre un título o habilitación temporal (no hay concesiones perpetuas) y, por

tanto, transcurrido el plazo, el título se extingue y las obras e instalaciones (o los bienes) afectos a la concesión revierten al Estado (a la Administración Pública titular del bien o servicio), gratuitamente mediante precio.

5. Finalmente, toda concesión lleva aparejado el pago de un canon (de ocupación, de utilización o de explotación, según los casos).

Conclusión: todo aquello que reúna estas características, se llame como se llame, tiene naturaleza concesional y debe ser gravado con los tributos que corresponda (IVA, transmisiones, plusvalías o sociedades).

II. FISCALIDAD SOBRE LAS CONCESIONES. JUICIO GENERAL

Dicho lo anterior, lo primero que un *iuspublicista* tiene que añadir al hablar del régimen fiscal de las concesiones es que éste debe ser muy moderado. Hay que partir de un hecho patente: el concesionario es un colaborador de la Administración, a la que sustituye en muchas de sus funciones relativas a la explotación de la obra pública o gestión del servicio público concedido. Aquél está desarrollando tareas públicas, que de otro modo debería asumir la propia Administración. Esta sustitución no puede ser, en sí misma, un hecho imponible; lo mismo que la Administración no se grava a sí misma, tampoco ha de hacerlo a quien actúa por ella. Esto es algo evidente.

Bien es cierto, que esa actividad constituye una empresa económica de la que el concesionario obtendrá un beneficio especial (también asume un riesgo) y, por ello, en cuanto empresa económica soportará los tributos que le correspondan, en paralelo con cualquier otra actividad productiva, pero la colaboración con la Administración, en cuanto tal, no debe estar fiscalmente gravada. Si se produce una transmisión de bienes o derechos de la Administración al concesionario, si aquella concede a éste derechos de aprovechamiento sobre el dominio público, que necesita para hacer la obra o prestar el servicio, no tiene mucho sentido gravar estas operaciones, aunque sobre ese aprovechamiento especial se desarrollen luego actividades comerciales o de servicios cuando tales actividades consistan sencillamente en explotar la concesión de obra para amortizar su inversión. Ciertamente para el concesionario puede haber un beneficio en ello,

4 Las diferencias más importantes del régimen jurídico entre la concesión de dominio y la de servicio son: a) la primera se otorga y constituye mediante un acto administrativo de autorización que hace nacer un derecho real de carácter administrativo (inmediato, erga omnes, exclusivo, inscribible y libremente transmisible, intervivos y mortis causa, sin más requisitos que la notificación *ex post* a la Administración; b) la segunda constituye un contrato especial, genuinamente administrativo por el que se transfiere a un particular la potestad de gestión de un servicio público con carácter personalísimo, no transmisible a un tercero sin autorización previa, todo ello para la satisfacción de unas necesidades públicas de los ciudadanos (no del interés privado del concesionario).

5 ALBI, ob. cit., p. 502.

pero no es menos cierto que ese beneficio surge y viene a compensar la obra realizada (que por cierto no será dominio público hasta su entrega) y que se obtiene por asumir el papel de sustituto, antes referido, en el que a quien se sirve es, en última instancia, a la Administración y al público.

Ha de recordarse, adicionalmente, que todo gravamen fiscal al concesionario acabará incrementando de uno u otro modo el coste de la infraestructura que éste gestiona. Si la concesión se hace precisamente para facilitar a los usuarios la disponibilidad de una infraestructura de interés público lo antes posible y al precio más bajo compatible con la recuperación de la inversión, cualquier gravamen adicional debe ser objeto de desconfianza, pues será trasladado a los ciudadanos vía tarifa.

La Administración no debe tener una visión recaudatoria, patrimonialista del dominio o del servicio público como si éstos fueran de su propiedad, que hay que explotar al máximo y obtener una renta. Ésta era justamente la visión fiscal del antiguo régimen. Hoy las fuentes de financiación de los Estados son los impuestos directos y no los cánones o tasas sobre el dominio y el servicio público. En este terreno la casuística es muy grande y los instrumentos recaudatorios muy variados. No parece, por ejemplo, que el concesionario de una obra pública portuaria deba abonar la tasa de aprovechamiento especial del dominio público portuario en el ejercicio –por él mismo o por terceros- de actividades comerciales, industriales y de servicios, cuando tales actividades consistan sencillamente en explotar la concesión de obra portuaria para amortizar su inversión. Recuérdese también el caso, absurdo, de la tasa por ocupación del espectro radioeléctrico de la telefonía móvil de tercera generación que se multiplicó por siete para equipararse a los ingresos que otros países habían obtenido en las subastas de las licencias (operación que casi da en la ruina con algunas compañías y que ha retrasado durante años el establecimiento de este servicio). O recuérdese, finalmente, la práctica de estos últimos años en muchos ayuntamientos de capitalizar anticipadamente los cánones de servicio que hoy se pretenden cobrar sobre las concesiones de abastecimiento de aguas, de saneamiento o de gestión de residuos. Todos estos instrumentos recaudatorios son capaces de derivar el flujo económico que debería ir a la amortización de la inversión del concesionario, hacia las arcas públicas, de una forma en ocasiones completamente ilegal (como el cobro anticipado de cánones) y siempre antieconómica (porque ello supone un encarecimiento del servicio) y antisocial, porque quien a la postre pagará esa recaudación será el ciudadano que verá repercutido en tarifa el coste de los cánones.

La política a seguir debería ser justamente la contraria: la de incentivar las inversiones en obras y servicios, ofreciendo a los inversores (a los ahorradores) incentivos y bonificaciones fiscales que canalicen su dinero hacia actividades de interés general. Esta ha sido una práctica en determinadas actuaciones como fueron las autopistas de peaje de 1972-73. Tales incentivos deben estar previstos en la ley y concretados en el pliego de condiciones de la convocatoria. Contemplados en perspectiva, estos incentivos no se diferencian esencialmente de cualesquiera otras aportaciones públicas que pueda recibir una concesión y de las que la Ley N° 13/2003 hace una inteligente utilización. El aval del Estado, los préstamos participativos, las subvenciones, la titulación de derechos de cobro, la entrega para su explotación comercial de parcelas adicionales del dominio público son mecanismos paralelos a las bonificaciones y desgravaciones fiscales en cuanto todos ellos trasladan parte de los costes del concesionario al erario público. Es ésta una inteligente manera de captar inversiones para las infraestructuras y servicios.

III. LA CONCESIÓN DE OBRA. ANÁLISIS DIFERENCIAL CON EL CONTRATO DE OBRAS Y CON LA CONCESIÓN (GESTIÓN) DE SERVICIOS

Dejando ahora a un lado la concesión demanial, de aprovechamiento privativo del dominio público, que forman un género distinto según hemos dicho, debemos intentar una diferenciación entre tres figuras, muy próximas entre sí, pero diferentes en su planteamiento económico y en su régimen jurídico: el contrato de obras, la concesión de obra y la concesión de servicios. Y para ello, lo mejor es acudir a la historia y ver cómo se han desarrollado a lo largo del tiempo y a qué han servido. Las tres responden a un mismo fin: poner a disposición de los ciudadanos construcciones, instalaciones y equipos que vengan a satisfacer objetivos de necesidad o conveniencia general. A ello sirven las “obras de utilidad pública” (que era el viejo concepto) o las actuales “infraestructuras de uso general y servicio público” (como hoy se llaman). El centro de referencia de las tres figuras es la obra pública (infraestructura, redes, instalaciones).

Pues bien, ya la vieja Instrucción de Obras Públicas de 10 de enero de 1845 diferenciaba tres sistemas para su ejecución:

1. La **contrata**, que acabaría convirtiéndose en la fórmula habitual, consistente en la ejecución de la obra por un particular al que se le abona el precio pactado mediante el sistema de certificaciones⁶.

6 En palabras de la propia Instrucción “La Administración satisface en plazos fijos las cantidades estipuladas por las obras que los contratistas se obligan a efectuar en un tiempo dado y bajo condiciones determinadas”.

2. La **administración**, por el que se ejecuta la obra directamente por la Administración con sus propios medios.
3. La **empresa**, que consiste en la ejecución de la obra por un particular que se cobra con las rentas que obtenga por la explotación de la obra (y que coincide con el moderno contrato de concesión de obras).

Un esquema semejante se contenía también en nuestra vieja Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, vigente hasta nuestros días. En ella se amplió y desnaturalizó el concepto de obra pública en un doble sentido: de una parte, incluyendo en él los edificios destinados a dependencias oficiales y, por otra, incorporando a él obras privadas declaradas de utilidad pública, basadas en concesiones demaniales (aprovechamientos de ríos, canales de regadío u obras de desecación de marismas) que hasta entonces eran ajenas a la figura de las auténticas “obras públicas” (las de uso general o servicio público). Pero, sobre todo, es en este último tercio del siglo XIX cuando aquella unidad legislativa inicial se rompe y diversifica en una serie de leyes sectoriales (de ferrocarriles, de carreteras, de puertos, de obras hidráulicas y otras), cada una de las cuales irá configurando con caracteres específicos la construcción, financiación y gestión de las obras públicas: las carreteras, puertos y más tarde aeropuertos discurrirán sobre el modelo de la ejecución por contrata, como también la construcción de edificios públicos de todo tipo; los ferrocarriles, en cambio, se desarrollarán bajo el modelo concesional, hasta su crisis, nacionalización y reversión o rescate por el Estado (después, vuelven a la ejecución por contrata). Es así como la concesión de obra, tan importante en el origen de las obras públicas en España (1850-1880), va perdiendo realidad hacia finales del siglo XIX y prácticamente desaparece hasta 1972, en que se aprueba la Ley de Autopistas.

Justamente, el fenómeno inverso es lo que sucede con la gestión (concesión) de servicios públicos. Desde 1880 en adelante, las necesidades de la vida urbana, el progreso técnico y la primera y segunda revolución industrial irán dando nacimiento a los grandes servicios públicos urbanos e interurbanos, como el transporte regular, el alumbrado público, el abastecimiento de agua, el suministro de gas y electricidad, las comunicaciones telefónicas. La mayoría de ellos llevaban consigo la inversión previa del concesionario en plantas industriales, en redes de conducción, equipos móviles o centrales de transformación (o de conmutación), con obras complementarias sobre las que aquéllas descansan. Pero en todos ellos, lo importante no es la obra (ésta es algo puramente instrumental) sino la organización y prestación del servicio (algo que ya había ocurrido con el ferrocarril, a pesar de la importancia que en éste revestía la obra previa). Y así, la concesión

«El concesionario es un colaborador de la Administración, a la que sustituye en muchas de sus funciones relativas a la explotación de la obra pública o gestión del servicio público concedido»

de obra quedó desplazada por la concesión de servicio, consolidándose en nuestro derecho una figura mixta –concesión de obra y servicio– que consagrará la jurisprudencia, definiéndola, ya en los años 30, como:

“Una convención específica de derecho público, un negocio jurídico administrativo completo, en dos tractos sucesivos y bien diferenciados en orden a su cumplimiento: el primero, de ejecución de obras, dentro del cual el concesionario ejecuta a su costa todas las necesarias, y el segundo, de explotación de servicios, en el cual los hace funcionar, percibiendo por ello las cantidades previstas en las tarifas de concesión” (Sentencia 31 de enero de 1936).

De este modo, la concesión de servicio cristalizará, tanto en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (1955) como en el Reglamento de Contratos del Estado (1967, 1975), configurada como un contrato de gestión de una actividad pública de carácter económico, que no suponga el ejercicio de funciones de autoridad pero que esté encomendada a la Administración como tarea o competencia propia suya. La Ley de Contratos precisa que debe existir una reglamentación previa del servicio, a la que se ajustará el concesionario, así como a cuantas instrucciones e indicaciones reciba de la Administración concedente, quedando en todo momento garantizada la ecuación financiera del servicio, hasta que en su momento proceda la reversión. Tal es la concepción que se refleja en quien fue, quizás, el principal teorizador de la gestión de los servicios públicos en España (y autor del R.S.C.L.), FERNANDO ALBI, quien en su “Tratado” (1961) definirá la concesión en los siguientes términos:

“Un modo de gestión, de naturaleza contractual, en virtud del cual una persona extraña al concedente aporta los medios financieros indispensables para la implantación de una actividad de la competencia de la Administración Pública, realiza las obras e instalaciones necesarias a dicho fin y presta

al público el correspondiente servicio durante el período estipulado, sometiéndose para ello a los reglamentos generales establecidos por la propia Administración y percibiendo de los usuarios una contraprestación económica que le permita amortizar su desembolso inicial y cubrir los gastos de conservación y explotación con el procedente beneficio industrial, revirtiendo en forma gratuita a la Administración al terminar el contrato, todos los elementos materiales afectos al servicio”⁷.

Como verán ustedes, la obra pública ha quedado desdibujada, absorbida por el servicio y prácticamente ha desaparecido como tal. La explotación de la obra (la red ferroviaria, la red de agua o saneamiento, las centrales hidroeléctricas con sus redes de transporte y distribución o las redes telefónicas) se engloba en la explotación del servicio (el transporte por ferrocarril, el abastecimiento de agua y servicio de alcantarillado, el suministro de electricidad o el servicio telefónico). Lo que las leyes contemplan (y regulan) son los servicios y cuando se elabora la primera Ley de Contratos del Estado, ésta ignora la concesión de obra; sólo la nueva LCAP (1995, 1999) volverá a recogerla con una presencia apenas simbólica y una regulación absolutamente insuficiente (artículos 130° a 134°).

Este gran vacío es el que vino a llenar la Ley N° 13/2003, cuando en España de nuevo, como en el siglo XIX, se hizo necesario acudir a la inversión y el ahorro privado para dotar a nuestro país de las infraestructuras que necesitaba.

IV. ¿CUÁL ES LA ESENCIA DE LA CONCESIÓN DE OBRA?

La Ley N° 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra contiene una buena definición de éste cuando dice:

“Se entiende por contrato de concesión de obras públicas aquél en cuya virtud la Administración Pública o entidad de derecho público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras relacionadas en el artículo 120° ó, en general, de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en este título”.

Creo que es ésta una definición certera, pero conviene hacer algunas precisiones. La concesión es, básicamente, un sistema para la gestión privada de las infraestructuras pero no, necesariamente, para su financiación con cargo a recursos privados. Lo que tiene de peculiar esta figura es que se “externaliza” (se privatiza de alguna manera) una actividad que, de otro modo, sería atendida directamente por los servicios de las Administraciones Públicas y eso es lo que reflejan las fórmulas anglosajonas conocidas por las siglas BOT (“Build, Operate and Transfer”), DBOT (“Design, Build, Operate and Transfer”) y otras similares. Lo realmente importante de todas estas fórmulas es la fase de operación (el “operate”) que se encomienda al concesionario de una infraestructura y que nosotros traducimos como explotación. Se trata, como finalidad primordial, de poner en práctica el “outsourcing”, por el convencimiento de que el empresario particular es mucho más apto que la Administración para gerenciar una explotación económica. El hecho de que la explotación se remunere con cargo a recursos públicos o privados es algo indiferente para esta fórmula, que admite todo tipo de remuneración. Aunque es muy cierto que las concesiones encuentran siempre sus épocas de esplendor en períodos históricos de penuria de la Hacienda Pública.

No obstante lo dicho, hay que poner de manifiesto que, de ordinario, en las concesiones de obra la remuneración del empresario es referible a una contraprestación por la obra previamente realizada. En sentido propio, esta remuneración es la transferencia del derecho a explotar la obra y cobrar por ello, pero aquí es donde resulta conveniente hacer otras puntualizaciones. La primera es que puede suceder que parte de la obra sea costeada con cargo a recursos públicos porque se estima que los ingresos en la fase de explotación pueden ser insuficientes para cubrir toda la inversión realizada. Esto dará lugar a lo que se conoce como financiación mixta en las concesiones de obra porque se utilizan recursos públicos, bien en la fase de construcción (aunque esos recursos nunca podrán llegar a cubrir la totalidad de la inversión, ya que si así fuese nos encontraríamos ante un contrato tradicional de ejecución de obra), bien en la fase de explotación. Lo que perciba el concesionario durante la fase de explotación puede ser teóricamente un pago de dinero público que es lo que sucede con el peaje en sombra o con los servicios de abastecimiento de agua o de recogida y gestión de residuos, en los que el concesionario se cobra de la Administración que previamente ha recaudado una tasa por la prestación de este servicio. Pero puede ser también una retribución en especie o en derechos de expropiación y explotación de zonas comerciales. En cualquier caso, el sistema concesional no es, en sí mismo, una fórmula incompatible con una retri-

7 ALBI, F., Tratado..., cit., p. 540 y ss.

bución pública lo cual es importante para entender el sentido de algunos puntos de la reforma.

Con estas precisiones al concepto, podemos entrar ya en el análisis de algunos aspectos de su régimen jurídico, tal como éste aparece dibujado en el nuevo texto legal, que hoy integra el Título V de la LCAP. Y ante todo, hay que decir que era conveniente dar ubicación legal a la concesión de obra, pues como hemos visto deambulaba en los últimos años por una zona de incertidumbre que tan pronto se acercaba a los contratos de obras (era la situación plasmada en el anterior TRLCAP) como a los de gestión de servicio público (así se reflejaba en la legislación sectorial que se ocupaba de esta clase de contratos). Con la reforma, vuelve a encontrar su originario perfil la concesión de obra, cuyo objeto no es esencialmente la ejecución de una obra, sino su puesta en servicio; si lo prefieren, su construcción para la posterior explotación de la misma (o solamente esta última).

No es correcto sostener, por ello, que se trata de contratos de resultado (como son los contratos de obra, con las implicaciones de todo orden que ello tiene). La construcción de la obra es un simple presupuesto de lo que en realidad es el objeto del contrato, que consiste en su explotación, porque aquí es donde se encuentra la finalidad de interés público o, si se quiere, la “necesidad para los fines del servicio público” de que nos habla el artículo 13° del TRLCAP. Lo relevante –repetámoslo– no es que se construya una obra sino que se abra al público. Es claro, pues, que la concesión de obra pasa a ser un contrato de actividad, muy próximo a la gestión de servicios públicos, lo que puede dar lugar a un proceso inverso al descrito anteriormente, es decir, que a partir de la Ley N° 13/2003, con la “vis expansiva” que el legislador le ha querido dar a esta figura (cfr. artículo 220°, N° 5), cualquier contrato

«Si la concesión se hace precisamente para facilitar a los usuarios la disponibilidad de una infraestructura de interés público lo antes posible y al precio más bajo compatible con la recuperación de la inversión, cualquier gravamen adicional debe ser objeto de desconfianza, pues será trasladado a los ciudadanos vía tarifa»

de gestión de servicios públicos que lleve aparejada la ejecución previa de obra pase a regirse por el nuevo Título V del TRLCAP. Quizás, por ello, sería un buen momento para plantearse una revisión del Título III de la LCAP y ver en qué medida éste se halla en armonía con aquél.

V. CONCEPTOS Y NOTAS FUNDAMENTALES DE LA CONCESIÓN DE OBRA

Entre los conceptos y notas definitorias que caracterizan la figura de la concesión, la Exposición de Motivos de la nueva Ley destaca estas tres: el riesgo concesional, el equilibrio económico y la diversificación de la financiación. Veámoslas por separado.

A) El mito del riesgo y ventura

Podemos leer en la citada Exposición de Motivos lo siguiente:

“Reviste importancia capital, para que la concesión de la obra pública conserve sus señas de identidad y pueda ser reconocida como tal, que el concesionario asuma el riesgo de su construcción, conservación y explotación. Evidentemente, en un contrato de larga duración por naturaleza, la asunción del riesgo, ante la imposibilidad de predecir con un margen razonable de error el futuro, no puede transformar el contrato en un negocio aleatorio por lo que en coherencia se impone moderar adecuadamente los límites del riesgo, si se quieren atraer la participación del capital y la iniciativa privadas en inversiones cuyo volumen exige el esfuerzo compartido de los sectores público y privado. Debe destacarse, sin embargo, que la asunción de riesgo en “proporción sustancial” por el concesionario resulta determinante para que el contrato de concesión merezca tal calificación”.

Y en efecto, el texto legal se refiere a esta característica de la concesión en varios de sus preceptos. Así, el artículo 220°.2, cuando dice:

“La construcción y la explotación de las obras públicas objeto de concesión se efectuarán a riesgo y ventura del concesionario, quien asumirá los riesgos económicos derivados de su ejecución y explotación en los términos y con el alcance establecidos por esta Ley, lo que será en todo caso compatible con los distintos sistemas de financiación de las obras que en ella se regulan y con las aportaciones a que pudiera obligarse la Administración concedente”.

Asimismo en el artículo 224°.3, *in fine*, cuando regula la financiación posible de las obras y prevé que “la Administración podrá también aportar recursos

públicos” en una gama de variantes o modalidades que enumera, concluye afirmando:

“...debiendo respetarse en todo caso el principio de asunción de riesgo por el concesionario”.

En toda concesión, a la Administración le corresponde lógicamente la apreciación de la necesidad pública que se trata de cubrir, la realización de un estudio de viabilidad en los términos del artículo 227° y la redacción del correspondiente anteproyecto en el que la obra se defina y presupueste, en una primera aproximación a la misma. De este modo, tras la reglamentaria información pública y después de recibir de los afectados cuantas observaciones se consideren oportunas sobre la misma, la Administración aprobará el anteproyecto y las líneas generales de su construcción y explotación, que naturalmente estarán siempre bajo su dirección y responsabilidad (vid. artículos 227° y 228°).

Ahora bien, a partir de ese momento, el concesionario (incluso antes los licitadores) tienen un papel activo y protagonista en la operación y, así, “podrán introducir en el anteproyecto las mejoras que estime conveniente” (artículo 228°.5); más aún, en la mayor parte de los casos a él le corresponde la redacción del proyecto (esto, que es muy excepcional en el contrato de obra, es lo habitual en las concesiones) y en todo momento el concesionario puede sugerir o introducir mejoras que sean aprobadas por la Administración. Todo ello es lógico, porque es él quien va a explotar la obra o el servicio y debe realizarla de modo que se incentive su utilización. Pero justamente por ello, sobre él recaerá también la responsabilidad y el riesgo de sus errores o defectos. Así lo establece el artículo 229°.5, cuando dice:

“El concesionario responderá de los daños derivados de los defectos del proyecto cuando, según los términos de la concesión, le corresponda su presentación o haya introducido mejoras en el propuesto por la Administración. La responsabilidad se extenderá también a los daños debidos a defectos de los proyectos para la conservación y explotación de la obra pública a que se refiere el apartado anterior”.

Finalmente, sobre el concesionario recae también la responsabilidad y el control de las obras. Tanto si las ejecuta directamente, como si las contrata con terceros (vid. sobre ello el artículo 237°), éstas se construirán a riesgo y ventura del mismo que responderá, tanto de los mayores costes como de los retrasos en su terminación, sin que estos puedan suponer ampliación del plazo concesional. Solo en caso de fuerza mayor podrá desplazar los riesgos a la Administración según prescribe el artículo 239°:

“Si la concurrencia de fuerza mayor implicase mayores costes para el concesionario a pesar de la prórroga que se le conceda, se procederá a ajustar el plan económico-financiero. Si la fuerza mayor impidiera por completo la realización de las obras se procederá a resolver el contrato, debiendo abonar el órgano de contratación al concesionario el importe total de las ejecutadas, así como los mayores costes en que hubiese incurrido como consecuencia del endeudamiento con terceros”

Así pues, salvo el supuesto de fuerza mayor, los demás riesgos de la construcción los asume el concesionario.

En todo esto se concreta ese principio de riesgo y ventura que se proclama en la Exposición de Motivos. Ahora bien, dicho esto, conviene poner las cosas en su sitio, porque ni la concesión de obra, ni el contrato administrativo en general responden de modo absoluto e incondicionado a tal principio.

La historia del riesgo y ventura en la contratación administrativa es más la historia de un mito que de una realidad. Tiene su origen en el santo temor al déficit de la Hacienda del siglo XIX, parca en recursos y con la preocupación constante de conocer de antemano los gastos que comportaba cada contrato. Es un principio que no se encuentra tanto reflejado en los Pliegos como en las Leyes de Contabilidad, lo cual muestra, en muy buena medida, su origen y sentido presupuestario. El “riesgo y ventura” es una herencia histórica. Pero cuando la contratación administrativa se sustantiva (se construye y teoriza desde su propio suelo) se advierte que, cabalmente, la contratación administrativa se encuentra presidida por un principio completamente opuesto, como es la “búsqueda del precio justo”, cuyo origen se encuentra en el Derecho Canónico y en el propio Derecho Español anterior a la codificación. No deja de ser, por tanto, una especie de mito o “*fable convenue*” afirmar que la contratación administrativa –frente a la civil- se encuentra presidida por el “riesgo y ventura”. Es completamente al contrario, porque las quiebras a ese principio son constantes (a Dios gracias) y hacen que llegue a quedar casi vacío de contenido.

Conviene, como digo, poner las cosas en su sitio y para ello nada mejor que hacer un breve repaso de la situación en los contratos tradicionales de ejecución de obra. Realmente el mayor riesgo que soporta el contratista reside en que su oferta inicial sea demasiado baja, porque en todo el resto el riesgo encuentra una contrapartida de cobertura. Contra la inflación y los aumentos de coste se aplica la revisión de precios (que ahora pasa a ser un derecho “*ex lege*” a la vista de la redacción del artículo 103° del TRLCAP); si se producen alzas de costes desproporcionadas y el contrato no prevé la revisión, se aplica la doctrina del riesgo imprevisible (vid. la STS de 16 de septiembre de 1988 y otras

muchas en el caso de los “*ligantes bituminosos*”); en los supuestos conocidos como “*sujétions imprévues*” (dificultades extraordinarias en la ejecución de la obra) la jurisprudencia es muy escasa, pero éstos de ordinario se reconducen hacia los modificados o “reformados”. Finalmente, y para completar el panorama, el artículo 99º del TRLCAP impone a la Administración la obligación de abonar al contratista, en cualquier caso, la prestación (es decir, la obra) realmente realizada (no la prevista). ¿Dónde está el riesgo y ventura?, ¿No sería más propio hablar de una situación de riesgo mitigado a través de todas las compensaciones a que tiene derecho el contratista? Esa es la realidad (y es deseable que sea así).

Otro tanto cabría decir de los contratos de actividad, como es el caso de los de gestión de servicios públicos, aunque aquí el derecho positivo “parece” cargar más las tintas sobre el “riesgo y ventura” como si este principio fuese consustancial a las concesiones. Sin embargo, una muestra clara de que ello no tiene que ser así –ni es así– la encontramos en el RSCL, en el que los riesgos resultan compensados, no sólo en los casos de modificaciones impuestas por la Administración, sino también en la aparición de hechos sobrevenidos (artículo 126º). En realidad, bajo el prisma del RSCL el único supuesto del que responde el concesionario es su mala gestión puesto que todos los demás le otorgan derecho a ser compensado (en una u otra medida) por la Administración.

Es cierto que la Comisión Europea (en la Comunicación Interpretativa sobre concesiones 2000/C 121/02) hace hincapié en la necesidad de que toda concesión comporte la existencia de un riesgo. En concreto, se dice que “quedan cubiertos por la definición de concesión aquellos casos en que el Estado paga un precio como contrapartida por las obras realizadas, siempre y cuando éste no elimine el riesgo inherente a la explotación”. Pero como puede apreciarse no se dice cuál es la dimensión y el alcance de ese riesgo, ni que el contrato concesional haya de regirse por el “riesgo y ventura”, sino que no se puede llegar a eliminar el riesgo, lo cual es algo muy diferente.

Obviamente, ello no quiere decir que en las concesiones de obra –y en los contratos en general– exista una garantía de rentabilidad. Dada la estructura de cualquier negocio concesional, el concesionario corre siempre el riesgo de errar en el proyecto, en sus cálculos y previsiones de coste de la inversión, en la demanda del servicio o en la estimación que hizo del entorno económico en el que se va a desarrollar la actividad. Y, por tanto, aunque el principio de remuneración suficiente está firmemente asentado en nuestro derecho, éste puede verse mal calculado (o mal aplicado) desde el comienzo mismo de la concesión. Es importante tener en cuenta que en las concesiones de obras públicas el inicio de la concesión (del contrato) no coincide con la explo-

tación de la obra. Primero, es necesario construirla y ello puede llevar unos cuantos años, durante los cuales se pueden haber alterado las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de contratar, de tal forma que al comenzar la fase de explotación la remuneración prevista resulte insuficiente. Luego, las circunstancias y desarrollo económico (urbanístico, industrial, de tráfico generado o de consumos previstos) pueden no responder a las previsiones que la propia Administración o el concesionario han hecho en el estudio de viabilidad. Y por ello, frente a los riesgos conocidos y limitados del contrato de obras, la situación de partida del concesionario de obra es algo así como un sumatorio de todos los “*áreas*” propios de la ejecución de las obras y de los correspondientes a la posterior gestión de los servicios públicos. En términos esquemáticos, podría decirse que existen dos tipos de riesgos en esta clase de contratos: un riesgo por “*decalage*” y un riesgo operativo. El primero pone de manifiesto los cambios de circunstancias que pueden producirse desde la adjudicación del contrato hasta el comienzo de la fase de explotación. El segundo hace referencia a los riesgos propios de una explotación a largo plazo.

B) El equilibrio económico de la concesión

Un principio fundamental de la contratación pública es, como hemos dicho, el principio de remuneración suficiente, que la Ley de Contratos consagra en una variedad de preceptos y situaciones. Para las concesiones, lo afirma con carácter general el artículo 242º b), que entre los derechos del concesionario enuncia éste: “el derecho al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión, en la forma y con la extensión prevista en el artículo 248º de esta Ley”. El núcleo central de ese principio –que es el paliativo al riesgo y ventura– está, en el caso de las concesiones, en el régimen de tarifas, pues las tarifas son el principal medio de retribución del concesionario. Éstas, según la doctrina tradicional, deben cubrir lo siguiente:

- a) Costes de explotación depurados y ajustados (incluidos gastos financieros).
- b) Amortización de los activos prudente y realista (tanto amortización técnica como por reversión, si ésta es gratuita).
- c) Beneficio empresarial (normal rentabilidad de la inversión o como decían nuestras viejas leyes “normal beneficio industrial”).
- d) Impuestos, cualesquiera que sean.

Ahora bien, en la concesión hay que distinguir dos fases: la fase de construcción, que se regirá en principio por las normas de la LCAP; y la fase de explotación, que se ajustará a lo previsto en los artículos 245º a 248º de la Ley. El equilibrio económico de la concesión engloba a ambas, pero

se articula sobre todo en esta segunda fase, que es aquella en que el concesionario puede obtener ingresos (hasta entonces ha tenido que hacer frente a todos los gastos, aunque fueran superiores a los presupuestados). El precepto central lo constituye el artículo 248º, que reza así:

“1. El contrato de concesión de obras públicas deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación⁸, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente.

2. La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las condiciones de explotación de la obra.

b) Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. A estos efectos, se entenderá por causa de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 144º de esta ley.

c) Cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión, de acuerdo con lo previsto en los artículos 230º.1.e) y 233º.1.d) de esta ley.

3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la ampliación o reducción del plazo concesional, dentro de los límites fijados en el artículo 263º, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. En el supuesto de fuerza mayor previsto en el apartado 2.b), la Administración concedente asegurará los rendimientos mínimos acordados en el contrato siempre que aquella no impidiera por completo la realización de las obras o la continuidad de su explotación”.

Debe destacarse aquí que el texto inicial del proyecto de ley, hasta el último momento, incluía en el número 2 la palabra “exclusivamente”, que fue al final eliminada, lo que se ha interpretado como una posible apertura al reconocimiento del “riesgo imprevisible”, aunque la mención a “las

«La concesión es, básicamente, un sistema para la gestión privada de las infraestructuras pero no, necesariamente, para su financiación con cargo a recursos privados»

actuaciones de la Administración” hace más bien pensar que se admite el equilibrio basado en el *factum principis* pero no el que tenga por causa el “riesgo imprevisible”. A mi juicio, es ésta una solución desacertada por dos tipos de motivos. En primer lugar, porque nunca han llegado a estar claras las fronteras entre uno y otro supuesto; en una Administración como la nuestra, tan interventora, en muchos casos los cambios han sido provocados, permitidos o consentidos por actuaciones (o inacciones) de la Administración hasta el punto de que la doctrina y la jurisprudencia llegan a considerar, a efectos prácticos, que el “*factum principis*” no es más que una subespecie del “riesgo imprevisible” (como categoría genérica). En segundo término, porque la eliminación del “riesgo imprevisible” implica tanto como negar uno de los fundamentos básicos del equilibrio económico y el que mayor incertidumbre puede plantear a un concesionario. La elevación de costes o las disminuciones de demanda en el uso de las infraestructuras por causas no imputables a la Administración habrán de ser íntegramente soportadas por los concesionarios aunque alteren muy gravemente las previsiones del plan económico financiero. Uno se pregunta si con esta nueva ley se cumple la finalidad primordial de atraer capital privado a las infraestructuras, mediante la creación de un marco estable y seguro para esta clase de inversiones. Puede que el marco diseñado cumpla con el objetivo de estabilidad, pero es cuando menos dudoso que cumpla con el estándar de seguridad mínima que se reclamaba desde el sector. Y es que, o se equilibra realmente la ley (es decir, la situación del concesionario) o se desequilibrará su objetivo de cara al programa de construcción de infraestructuras que España necesita, al menos en lo que concierne a la inversión privada en ellas.

Este tratamiento del equilibrio económico se mantiene en la línea de lo que establece el artículo 163º.2 de la Ley de Contratos, pero dista mucho del tratamiento de este mismo tema en el RSCL en donde se incluye el “riesgo imprevisible” como presupuesto para que se equilibre el contrato. Hubiera sido, a mi juicio, mucho más certero –y más conveniente para

8 Es decir en los términos expresados en el Plan Financiero (artículo 233º.d)), al que más adelante nos referimos en el texto.

los intereses públicos- que la Ley de Concesiones hubiera recogido el régimen previsto en los artículos 126º, 127º, 128º, 129º, 148º y concordantes del RSCL, que han sido ratificados en su aplicación práctica por nuestro Tribunal Supremo, según el cual para las modificaciones introducidas por la Administración concedente debe reconocerse el derecho del concesionario a ser compensado íntegramente y para el resto de los supuestos de alteración de los presupuestos económicos de la concesión (riesgo imprevisible y "*factum principis*") una compensación no integral de modo que se compartan este tipo de riesgos entre la Administración y el concesionario. Tal es el criterio aplicado por la jurisprudencia en la que se alude, con buen sentido, a la necesidad de que la compensación no sea "tan escasa que la haga ineficaz para impedir la ruina de la concesión, ni sea tan excesiva que desplace el riesgo normal de la empresa a la Administración concedente imponiendo a ésta, a favor del concesionario, un auténtico seguro de beneficios mínimos..." (STS de 14 de marzo de 1985).

El problema, en este punto, radica en la dificultad para determinar lo que puede entenderse por compensación no integral (aunque los criterios jurisprudenciales ya están bien marcados) por lo que cabría pensar en la conveniencia de objetivar ese tipo de compensación acudiendo a los parámetros establecidos en la LCAP para el contrato de obras⁹. A tal efecto, se deja apuntada la posibilidad de establecer un umbral no indemnizable del 15 al 20 por 100 para el caso de disminución de ingresos excluyendo de la compensación los incrementos de gastos. Con ello se trataría de llegar a una especie de fórmula ecléctica –pero objetiva- en la que la Administración se haría cargo (hasta un 80 u 85 por 100) de los riesgos inherentes a las disminuciones en la demanda de la infraestructura y, en contrapartida, el concesionario asumiría todos los riesgos que repercutieran en un incremento de los gastos (dado que éste es un aspecto que él debe controlar). El nuevo artículo 248º del TRLCAP admite, como hemos visto, el "*factum principis*" (actuaciones imputables a la Administración) pero deja fuera los riesgos imprevisibles con la agravante de que a menos que se recojan en los Pliegos no podrán ser invocados porque el precepto hace una exposición exhaustiva de las causas para que nazca el derecho al equilibrio económico. Creemos que esto es un error, porque se cierra la puerta a supuestos en los que el equilibrio de la concesión puede resultar indispensable para su viabilidad. Claro está, a menos que se conjugue lo dispuesto en el artículo 248º con una interpretación extensiva del artículo 233º.1.d) al que aquél se remite en su apartado c). En efecto, en dicho artículo 233º y en el que se establece lo siguiente al tratar del contenido de las proposiciones:

"d) Plan económico - financiero de la concesión que incluirá, entre los aspectos que le son propios, el sistema de tarifas, la inversión y los costes de explotación estimados. Deberá ser objeto de consideración específica la incidencia en las tarifas, así como en las previsiones de amortización y en el plazo concesional, en su caso, de los rendimientos de la demanda de utilización de la obra y, cuando exista, de los beneficios derivados de la explotación de la zona comercial, cuando no alcancen o cuando superen los niveles mínimo y máximo, respectivamente, que se consideren en la oferta".

Es decir, podría entenderse que el Plan económico-financiero estableciese un nivel máximo y mínimo de rentabilidad en función de las previsiones de utilización de la obra, de tal forma que cuando estos umbrales fuesen sobrepasados o no se cumplieren, entrara en juego la compensación a la otra parte. Una forma novedosa (pero que puede ser aceptable) para dar cabida al riesgo imprevisible de forma simétrica para ambas partes y no sólo a favor del concesionario.

La Ley de concesiones ha implantado así lo que se llama un "equilibrio bidireccional", en el sentido de que el riesgo y la ventura excesivos han de ser distribuidos entre ambas partes. El concesionario tiene derecho a que le sean compensadas las alteraciones sobre el riesgo inicialmente previsto, pero, en contrapartida, ha de renunciar (en beneficio de la Administración) a unos beneficios extraordinarios. En palabras de la Exposición de Motivos del Proyecto:

"El equilibrio deberá restablecerse, tanto si se ha roto en perjuicio como a favor del concesionario, produciendo unos efectos más allá de lo que se considera deseable o tolerable para la credibilidad de la institución y para el interés público, sin que por ello se elimine el interés del concesionario".

También la previsión del artículo 230º.e) viene a ser un paliativo del riesgo y ventura.

C) Diversificación de la financiación

Es probable que las novedades de mayor calado en toda la reforma concesional vengan de la mano de los numerosos sistemas de retribución del concesionario que se articulan y que admiten todas las modalidades imaginables tanto privadas como públicas y, sobre todo, mixtas.

La formulación general del sistema está contenida en el artículo 224º de la Ley, que bien vale la pena transcribir en su integridad. Dice así:

⁹ Desde luego que la objetivación de este tipo de compensaciones haría especialmente atractiva la fórmula concesional, pero en contrapartida, incrementaría el gasto público.

“1. Las obras públicas objeto de concesión serán financiadas, total o parcialmente, por el concesionario que, en todo caso, asumirá el riesgo en función de la inversión realizada.

2. El concesionario podrá recurrir a la financiación privada para hacer frente a sus obligaciones contractuales en los términos y condiciones que se establecen en esta ley.

Además de los medios previstos en el capítulo IV de este título podrá obtener financiación mediante la contratación de préstamos o créditos con entidades de crédito de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente. Dichos contratos deberán ser comunicados al órgano de contratación en el plazo de un mes desde su suscripción.

Asimismo, el concesionario podrá recurrir a otros medios de financiación privada previa autorización del órgano de contratación.

3. Cuando existan razones de rentabilidad económica o social, o concurran singulares exigencias derivadas del fin público o interés general de la obra objeto de concesión, que adoptará la forma de financiación conjunta de la obra, mediante aportaciones dinerarias o no dinerarias, subvenciones o préstamos reintegrables, con o sin interés, o préstamos participativos de acuerdo con lo establecido en el artículo 236º y en la sección 2ª del capítulo III de esta ley y de conformidad con las previsiones del correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, debiendo respetarse en todo caso el principio de asunción de riesgo por el concesionario.

4. La construcción de la obra pública objeto de concesión podrá asimismo ser financiada con aportaciones de otras Administraciones Públicas distintas a la concedente, en los términos que se contengan en el correspondiente convenio, y con la financiación que pueda provenir de otros organismos nacionales o internacionales”.

La primera consideración que este artículo merece es que la concesión, hoy, no predetermina como antaño las fuentes de financiación. Esta puede ser, tanto pública (peaje en sombra) como privada (tarifas), tanto actual (subvenciones parciales a la construcción) como diferida (abono total del precio aplazado), tanto directa (dotaciones de explotación al servicio) como indirecta (dotaciones de capital o préstamos participativos a la empresa). El panorama de las fuentes de financiación es variado y en muchas ocasiones será mixto. Lo que, sin embargo, se mantiene como algo esencial es la gestión privada

de la obra o el servicio. Porque como ya hemos dicho, la concesión es básicamente un sistema para la gestión privada de las infraestructuras, no necesariamente para la financiación con cargo a recursos privados. En todo caso, lo que las Administraciones persiguen y obtienen con ella es laminar en el tiempo el gasto público, si es que éste se mantiene como algo necesario (obras o servicios de gran interés público pero no necesariamente rentables). Ahora bien, para que estos sistemas “mixtos” funcionen es imprescindible que existan reglas claras (sustantivas y contables) y respeto a las mismas por los poderes públicos.

Otra interesante modalidad de financiación consiste en lo que se denomina como “zonas complementarias de explotación comercial” cuyo concepto se desarrolla en el artículo 223º del Proyecto:

“1. Atendiendo a su finalidad, las obras públicas podrán incluir, además de las superficies que sean precisas según su naturaleza, otras 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.

Estas actividades complementarias se implantarán de conformidad con lo establecido en los pliegos generales o particulares que rijan la concesión y, en su caso, con lo determinado en la legislación o el planeamiento urbanístico que resulte de aplicación.

Las correspondientes zonas o espacios quedarán sujetos al principio de unidad de gestión y control de la Administración Pública concedente y serán explotados conjuntamente con la obra por el concesionario directamente o a través de terceros en los términos establecidos en el oportuno pliego de la concesión.

Los bienes e instalaciones incluidas en la zona de actividades complementarias de la obra concedida se entregarán al órgano contratante en la forma establecida en esta Ley”.

Se trata de hacer extensivas a todas las concesiones de obra (si así lo deciden los Pliegos correspondientes) lo que ya se conocía en las autopistas, en los puertos o en los aeropuertos, pero con un alcance y significado mucho más precisos. Ya no se trata de que unas determinadas infraestructuras tengan una zona de servicios y otra comercial (gestionadas por separado) sino de que dentro de la concesión de la obra pública se incluyan instalaciones que

no tienen esta naturaleza con la finalidad de hacer viable la explotación de aquélla. De forma congruente con esta idea, la explotación de la “zona complementaria” queda ligada a la concesión de tal forma que los derechos sobre la misma se extinguen cuando ésta finaliza por la causa que sea. Esto es realmente lo novedoso del concepto y lo que merece una acogida muy favorable porque permite una utilización más amplia del modelo concesional. Esta explotación de la zona comercial forma parte de la retribución y se tomará en consideración a la hora de fijar las tarifas: (artículo 246°.3 y 5).

Igualmente novedosa es la posibilidad de retribuir en especie al concesionario (dentro de las modalidades de retribución mixta que ya se comentaron) que se encuentra recogida en el artículo 245°.2 del Proyecto en la siguiente forma:

“2. Las aportaciones públicas a que se refiere el apartado anterior podrán consistir en aportaciones no dinerarias del órgano de contratación o de cualquier otra Administración con la que exista convenio al efecto, de acuerdo con la valoración de las mismas que se contenga en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Los bienes inmuebles que se entreguen al concesionario se integrarán en el patrimonio afecto a la concesión, destinándose al uso previsto en el proyecto de la obra, y revertirán a la Administración en el momento de su extinción, debiendo respetarse en todo caso lo dispuesto en los planes de ordenación urbanística o sectorial que les afecten”.

Hasta aquí, el texto de la nueva ley es muy de alabar. En cambio, la Ley entra en el espinoso tema de las tarifas de una forma cautelosa y decepcionante puesto que, a diferencia de otros borradores conocidos sobre el tema, no se pronuncia acerca de su naturaleza jurídica. Sólo dice que serán fijadas por el órgano de contratación y que podrán tener el carácter de máximas, de tal modo que los concesionarios podrán aplicar otras inferiores cuando así lo estimen conveniente (vid. artículo 246°). Pero por lo que hace a la composición de las tarifas no se recogen de forma explícita sus elementos, lo cual resulta indispensable para reconocer lo que hemos denominado atrás, como principio de remuneración suficiente. No obstante, se deja una puerta abierta para que así se haga por los propios licitadores en el plan económico-financiero al indicar lo siguiente en el artículo 246°.3:

“3. Las tarifas serán objeto de revisión de acuerdo con el procedimiento que determine el pliego de cláusulas administrativas particulares.

«La primera consideración que este artículo merece es que la concesión, hoy, no predetermina como antaño las fuentes de financiación»

De conformidad con el artículo 233°.1.d) de esta Ley, el plan económico-financiero de la concesión establecerá la incidencia en las tarifas de los rendimientos de la demanda de utilización de la obra y, cuando exista, de los beneficios derivados de la explotación de la zona comercial, cuando no alcancen o cuando superen, respectivamente, los niveles mínimo y óptimo que se consideren en la oferta”.

Es decir, que se permite que el citado plan sea el que establezca una correlación entre las tarifas que se proponen como aplicables y su posible corrección en función de la demanda real de uso de la obra. De todas formas el problema permanece cuando lo que sucede es que el incremento de tarifas no puede solucionar la situación (cosa que tiene lugar con los descensos en el uso de la obra). La única salida viable consiste en suplir por vía de recursos públicos lo que no se puede obtener por medio de las tarifas pero esa alternativa no parece que pueda ser planteada por medio del plan económico-financiero y constituye el auténtico “nudo gordiano” de la cuestión. El legislador no se ha mostrado permeable ante este problema a pesar de que en el artículo siguiente (el 247°) admite que se utilicen recursos públicos para el mantenimiento del equilibrio económico de la concesión, al prever:

“Subvenciones al precio, anticipos reintegrables, préstamos participativos, subordinados o de otra naturaleza, aprobados por el órgano de contratación para ser aportados desde el inicio de la explotación de la obra, o en el transcurso de la misma cuando se prevea que vayan a resultar necesarios para garantizar la viabilidad económico-financiera de la concesión. La devolución de los préstamos y el pago de los intereses devengados en su caso por los mismos se ajustarán a los términos previstos en la concesión”.

Finalmente, digamos que los sistemas de instrumentación de la financiación privada aparecen ampliamente tratados en los artículos 253° y siguientes de la Ley, pero este es un tema en el que no podemos hoy entrar. 