



FACULTAD DE DERECHO

ICAIDE

# CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

Una aproximación histórico-legal y  
regulación actual

Autor: M<sup>a</sup> Dolores Céspedes Martín

Tutor: Antonio J. Alonso Timón

Madrid  
Abril de 2014

M<sup>a</sup> Dolores  
Céspedes  
Martín

**CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA**



M<sup>a</sup> Dolores Céspedes Martín, 4<sup>o</sup> E-5.

Resumen:

Este trabajo tiene por objeto desarrollar, desde una perspectiva histórica-legal la configuración jurídica del contrato de concesión de obra pública, detallando las sucesivas modificaciones e innovaciones que ha experimentado dicho contrato hasta consolidarse como tal en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de Noviembre, por el que se aprueba la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, acompañado de su concepción desde el prisma doctrinal y jurisprudencial. Asimismo, se exponen los distintos procedimientos a través de los cuales se procede a la articulación y puesta en práctica de esta modalidad contractual y las distintas fases que lo componen.

Además, se examinarán los rasgos propios del contrato de concesión de obra pública, calificados de caracteres esenciales, que nos permiten establecer una línea divisoria respecto a otras figuras contractuales afines, como son, el contrato de obra pública y el contrato de gestión de servicios públicos despejando así cualquier duda que pueda plantearse en cuanto a su calificación jurídica.

Como cierre del trabajo, se dedica un apartado al tratamiento de las distintas fórmulas financieras de colaboración público-privada y exclusivamente privada (hipoteca, emisión de obligaciones, incorporación de derechos de créditos a títulos valor, suscripción de créditos participativos) a las que pueden recurrir los titulares de la concesión de obra pública para destacar la relevancia que supuso la apertura del contrato de concesión de obra pública permitiendo a los particulares instar la articulación de las formalidades procedimentales previstas para la perfección de este tipo de contrato tras la presentación del oportuno estudio de viabilidad.

**Abstrac:** In this dissertation I develop the legal set out of the type of contract “cession of public construction” by the administration, both from a historical and a legal perspective. I detail the modifications it has encountered through time, as well as the innovations that it has experienced, up to the point in which it took shape with the “Real Decreto Legislativo 3/2011” of November 14<sup>th</sup>, that passed the Law “Ley de Contratos del Sector Público” of

2007. Moreover, I take a look at the doctrinal and jurisprudential frame attached and I explain the several phases through which this contract goes through.

In addition, I examine the features of the contract itself, classified as essential characteristics. These, allow us to establish a distinction in relation to other similar contracts such as the one of public services, avoiding any doubt that could ever arise concerning its legal framing.

To enclose the dissertation, I chose to dedicate a part to the treatment the different public and private financial formulas receive, such as mortgage, assets issuing, credit rights over security etc. Owners of the cession can reach out to these types of figures, showing how important it was for this type of contract to be open to the public and not only the administration, allowing people a chance to participate after proving their business viability.

**Palabras Clave:** concesión, obra pública, financiación de infraestructuras, riesgo, procedimiento.

**Key words:** concession, public infrastructure, financing of the infrastructure, risk, procedure.

# CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

## Índice

Abreviaturas.....	4
Introducción.....	5
<b>1. CONCEPTO Y NORMATIVA APLICABLE.....</b>	<b>7</b>
<b>1.1 Noción de contrato de concesión de obra pública.....</b>	<b>7</b>
<b>1.2 Antecedentes legislativos.....</b>	<b>8</b>
<i>1.2.1 Breve referencia al Real Decreto Legislativo de 1845.....</i>	<i>8</i>
<i>1.2.2 Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877.....</i>	<i>10</i>
<i>1.2.3 Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión .....</i>	<i>11</i>
<i>1.2.4 Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.....</i>	<i>12</i>
<b>1.3 Regulación actual.....</b>	<b>14</b>
<i>1.3.1 Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas.....</i>	<i>14</i>
<i>1.3.2 Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.....</i>	<i>17</i>
<i>1.3.3 Real Decreto Legislativo 3/2001, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.....</i>	<i>18</i>
<b>2. FASES DEL CONTRATO: REAL DECRETO LEGISLATIVO 3/2011, DE 14 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.....</b>	<b>21</b>
<b>2.1 Preparación.....</b>	<b>22</b>
<i>2.1.1 Estudio de viabilidad (art.128).....</i>	<i>23</i>
<i>2.1.2 Anteproyecto de construcción y explotación de la obra (art.129).....</i>	<i>25</i>

2.1.3 Proyecto de la obra y replanteo de éste (art.130).....	27
2.1.4 Pliego de cláusulas administrativas particulares (art.131).....	28
2.2 Adjudicación.....	31
2.2.1 Normas generales.....	31
2.2.2 El Procedimiento abierto.....	31
2.2.3 El Procedimiento restringido.....	31
2.2.4 El Procedimiento negociado.....	31
2.2.5 Diálogo competitivo.....	33
2.3 Ejecución.....	34
2.3.1 Construcción de las obras objeto de concesión.....	34
2.3.1.1 Ejecución de obras por terceros.....	35
2.3.1.2 Principio de riesgo y ventura.....	35
2.3.2 Derechos y obligaciones del concesionario y prerrogativas de la Administración concedente.....	37
2.3.2.1 Derechos y obligaciones del concesionario.....	37
2.3.2.2 Prerrogativas y derechos de la Administración.....	40
2.3.3 Régimen económico-financiero de la concesión.....	43
2.4 Extinción.....	46
2.4.1 Extinción de las concesiones.....	46
<b>3. CONSIDERACIONES.....</b>	<b>48</b>
<b>3.1 Especial relevancia de la forma de financiación: colaboración público- privada.....</b>	<b>48</b>
3.1.1 La hipoteca de la concesión de obra pública.....	50

3.1.2 <i>Emisión de títulos por el concesionario mediante obligaciones, bonos y otros títulos similares</i> .....	52
3.1.3 <i>Emisión de títulos por el concesionario mediante incorporación a títulos negociables de sus derechos de crédito</i> .....	52
3.1.4 <i>Los créditos y préstamos participativos</i> .....	54
3.2 Figuras contractuales próximas al contrato de concesión de obra pública.....	54
3.2.1 <i>Contrato de obra pública. Principales diferencias</i> .....	55
3.2.1 <i>Contrato de gestión se servicios públicos</i> .....	56
4. CONCLUSIÓN.....	57
Bibliografía y Normativa consultada.....	60

## **ABREVIATURAS**

JCCA	Junta de Contratación Consultiva Administrativa
LCAP	Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
LRCCOP	Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público
TRLCAP	Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
TRLCSP	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
FEDER	Fondo Europeo de Desarrollo Regional

Este trabajo tiene por objeto exponer de forma prolija el contenido y principales notas que caracterizan el contrato de concesión de obra pública tanto desde una perspectiva legal, retrotrayéndose a los antecedentes legislativos más remotos, como un acercamiento a una construcción doctrinal y jurisprudencial del mismo. Asimismo, se detallará el procedimiento legal contemplado en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, de 14 de noviembre, de 2011 cuya entrada en vigor, por prescripción de su disposición derogatoria única, sustituye la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público y el apartado dedicado a la financiación privada recogido en los artículos 253 a 260 del Texto Refundido 2/2000, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 16 de junio, siendo necesario para su puesta en práctica junto a las distintas fases que lo componen.

Una vez delimitado y desarrollado el marco normativo para la suscripción y funcionalidad de esta modalidad contractual, se apuntarán algunos comentarios acerca del mismo relativos a determinados aspectos configuradores e innovadores de este instituto jurídico incorporados a nuestro ordenamiento con la promulgación de la Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública, de 13 de Octubre de 2003, y su especial intento en atraer la participación de caudales privados para la financiación de las obras explotadas bajo el régimen concesional al permitir al particular instar la articulación del procedimiento reglado para tal modalidad contractual mediante la presentación del correspondiente estudio de viabilidad.

Definido el contrato de concesión de obra pública y sus principales caracteres, nos centraremos detenidamente en las distintas fases que componen el procedimiento previsto para este tipo de contrato, reservando el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público una sección para el tratamiento de los procesos de preparación, adjudicación, ejecución y extinción de la concesión de obra pública, procedimiento adaptado a las previsiones que contemplaba la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obra, de suministro y de servicio y, probablemente aquél susceptible de reforma con motivo de la reciente aprobación de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, cuya transposición debe ser acometida en un breve período de tiempo.

Como apartado esclarecedor, se enumerarán una serie de principios y características propios de la modalidad contractual de la concesión de obra pública que nos permiten establecer una línea divisoria entre la concesión de obra pública y otras figuras contractuales afines - contrato de obra pública y contrato de gestión de servicios públicos -.

Como rasgo definitorio y característico del modelo concesional y que nos permite escindirlo de otras figuras contractuales, dedicaremos un apartado para el tratamiento de las distintas modalidades de financiación privada, algunas con origen en el mercado de capitales, a través de las cuales el concesionario podrá sufragar los gastos derivados de la construcción y explotación de la obra pública o, en su caso, de las distintas prestaciones enumeradas en el artículo 7.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y que permite la contención del gasto público para la construcción de infraestructuras al ser el sujeto privado quien asume el riesgo y ventura de la inversión. En particular, se expondrán la hipoteca de la concesión de obra pública, la emisión de obligaciones u otros títulos similares por el concesionario, la incorporación de derechos de crédito a títulos valor y la asunción de créditos participativos, así como, los requisitos administrativos pertinentes para su válida suscripción.

Para concluir, se formularán las conclusiones pertinentes tras una elaborada aproximación histórico-legal a este instituto jurídico acompañado de una breve recopilación de los aspectos más relevantes que componen este trabajo y de las aportaciones positivas que ha supuesto esta figura contractual incentivando la participación privada en la realización de infraestructuras públicas susceptibles de explotación y, cómo de esta manera, se repercute positivamente a mantener dinámico el ciclo económico gracias a esta intervención de capital privado.

## **1. CONCEPTO Y NORMATIVA APLICABLE.**

### **1.1 Noción de contrato de concesión de obra pública.**

El modelo concesional se ha configurado desde su creación como un mecanismo de cooperación entre el poder público y privado para atender a la financiación, realización y explotación de aquellas obras públicas, destinadas a la prestación de los servicios públicos o vinculadas al interés general, que por su elevado coste o ausencia de fondos públicos, no podían acometerse por la Administración Pública y contribuir así a satisfacer las demandas de cada momento.

De esta primera idea se extrae el fundamento de esta figura contractual que inspira la Exposición de motivos de la Ley Reguladora del Contrato Concesión de Obras Públicas<sup>1</sup> 13/2003, de 23 de mayo, que reza:

*La nueva regulación del contrato de concesión de obras públicas contenida en esta ley resulta, por tanto, troncal u horizontal, con carácter de legislación básica en su mayor parte, de obligado cumplimiento para todas las Administraciones que deseen utilizarla. La norma viene a establecer así el régimen regulador de la concesión, que el Estado estima en principio irrenunciable, para que la institución cumpla el nuevo papel que la sociedad reclama, esto es, su contribución a la financiación y creación de infraestructuras y, consiguientemente, al más rápido crecimiento económico.*

*En consecuencia, con la puesta al día de la institución concesional, la financiación y construcción de las obras públicas quedaría instrumentada sustancialmente a través de alguna de las modalidades siguientes:*

*a) Construcción mediante un contrato administrativo de obras, tal como prevé el título I del libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con financiación de una o varias Administraciones públicas en función de la finalidad de las obras y, eventualmente, ayudas de los fondos de la Unión Europea.*

---

<sup>1</sup> Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas 13/2003, de 23 de Mayo, BOE núm. 124, de 24 de Mayo de 2003. En adelante, LRCCOP.

*b) Construcción mediante un contrato administrativo de obra bajo la modalidad de abono total del precio, es decir, con financiación previa del contratista y pago aplazado por parte de la Administración, de conformidad con lo establecido en el artículo 147 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.*

*c) Construcción y explotación de la obra pública en régimen de concesión, confiriendo el protagonismo principal, bajo la tutela y control de la Administración, a la iniciativa y capital privados, opción ésta en la que queda incluida la variedad del contrato de concesión que incorpora la obligación adicional para el concesionario de construir una obra u obras diferenciadas de la que es objeto de concesión, pero vinculadas a ella.*

*La modalidad a que se refiere el párrafo c) es la que se regula en esta ley, cuyos principios inspiradores y contenido se exponen a continuación.*

No obstante, esta definición legal no responde a un instituto jurídico inédito cuya tipificación se remonte a la LRCCOP, sino que es el fruto de la evolución normativa que ha experimentado el meritado contrato.

## **1.2 Antecedentes legislativos.**

### ***1.2.1 Breve referencia al Real Decreto Legislativo de 1845.***

El origen<sup>2</sup> de la concesión de obra en España se encuentra históricamente vinculado a las endémicas dificultades que la construcción de las grandes obras públicas plantea en materia de financiación y de idoneidad empresarial de la Administración para la gestión directa de las mismas.

Modernamente, el primer hito normativo relevante es la Instrucción de Obras Públicas de 1845 *para promover y ejecutar las obras públicas*, aprobada por Real Decreto de 10

---

<sup>2</sup> A.MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *El Proyecto de Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Revista de Obras Públicas/Extraordinario, Octubre 2002/Nº 3.425, p. 37.

de octubre de 1845, distinguiendo tres fórmulas para la ejecución de las obras según se llevasen a cabo:

- Por << administración >>
- Por << contrata >> o,
- Por << empresa >>

Es decir, cabe que se sea la propia Administración Pública quien directamente ejecute las obras (por administración), también puede concertar con un tercero la ejecución de la obra a cambio de un precio (por contrata), y el acuerdo con el tercero puede ser a cambio de la explotación de la obra en virtud de una concesión (por empresa). Conforme a lo establecido en el artículo 5 de la citada Instrucción de 10 de octubre de 1845<sup>3</sup>,

*En las obras por empresa la Administración contrata con particulares la ejecución de las obras, concediéndoles 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<sup>4</sup>.*

La Instrucción manifestaba su preferencia para la realización de las obras mediante el << sistema de contrata>>, a través del cual la Administración contratante satisface el importe acordado en períodos fijados una vez finalizadas las obras y ejecutadas bajo determinadas condiciones, reservando la realización mediante la modalidad <<empresa>> para aquellos supuestos en los que el Erario público no dispusiera de los fondos necesarios para acometer la realización de tales obras conforme a lo estipulado en su 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<sup>5</sup>.*

---

<sup>3</sup> DAVID BLANQUER CRIADO, *Los Contratos del Sector Público cit.* p. 693.

<sup>4</sup> Instrucción de 10 de octubre de 1845, art. 5.

<sup>5</sup> Instrucción de 10 de octubre de 1845, art. 7.

De manera que, atendiendo a esta preferencia contractual, las concesiones quedaban relegadas a un segundo plano, cobrando virtualidad en caso de imposibilidad de llevarse a cabo mediante contrata.

Esta Instrucción sistematiza, por primera vez en nuestro ordenamiento normativo, el régimen jurídico aplicable a la promoción y construcción de las obras públicas, siendo criticada, sin embargo, por la escasa innovación jurídica que supuso y por la ausencia de originalidad en el planteamiento de soluciones<sup>6</sup>.

### ***1.2.2 Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877.***

Los planteamientos de la legislación actual en materia de obras públicas son tributarios en buena medida de los esquemas y principios introducidos ya y consolidados durante la vigencia de la Ley de 1877. Ocurre así, en particular, con la materia objeto de este estudio, la concesión de obras públicas a iniciativa particular. Entre los antecedentes normativos más importantes de la incorporación en 2003 del artículo 222 al TRLCAP, destaca especialmente, por ser la regulación completa más antigua en la materia, el recogido en los artículos 56, 58, 76 y 95 de la Ley General de Obras Públicas, de 13 de abril de 1877<sup>7</sup>.

La importancia de esta texto normativo se debe a su nueva configuración del sistema concesional pasando de ser un contrato residual avocado a aquellos supuestos en que la Hacienda no dispusiera de fondos para afrontar las obras, a definirse como un contrato típico gozando de un regulación específica en la que se destacan diversas modalidades de financiación tal como se desprende de lo establecido en el artículo 26<sup>8</sup> de dicho cuerpo legal.

---

<sup>6</sup> M. MARTÍNEZ-ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración española*, op. cit., p. 743.

<sup>7</sup> El resurgir jurídico de la concesión de obra pública a iniciativa del particular, *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*; [www.refdugr.com](http://www.refdugr.com), fecha de publicación: 1 de junio de 2007.

<sup>8</sup> “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 a 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.

A diferencia de su precedente normativo, esta Ley contempla un régimen propio del contrato de concesión de obra pública, incidiendo en aspectos inherentes a esta específica modalidad contractual (duración, cesión de la concesión, propiedad de las obras y caducidad en caso de incumplimiento).

### ***1.2.3 Ley 8/1972 de 10 de mayo de Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión.*<sup>9</sup>**

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<sup>10</sup>.

De lo anterior, podemos apreciar la importancia de esta Ley en materia de concesiones, pues permite superar el casuismo jurídico con el que anteriormente se había venido operando fruto de la promulgación de distintos Reales Decretos-Ley específicos, en particular, concernientes a la convocatoria del concurso ordenado a la adjudicación del contrato para la construcción de autopistas.

El contrato de concesión pública, dirigido a captar fondos de particulares para la realización y explotación de infraestructuras de elevado coste fue experimentando mayor protagonismo debido a su extensión a otros sectores específicos. Siendo esto así, que en 1996 se promulga la Ley 13/1996, de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social<sup>11</sup> contemplando en su artículo 173 el medio para la participación de financiación privada en las obras del sector hidráulico y dando lugar al

---

<sup>3º</sup> *Combinando los dos medios expresados*”.

<sup>9</sup> Ley de Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión, 8/1972 de 10 de Mayo, BOE núm. 113, de 11 de Mayo.

<sup>10</sup> A.MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *El Proyecto de Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Revista de Obras Públicas/Extraordinario, Octubre 2002/Nº 3.425, p. 39.

<sup>11</sup> Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, 13/1996, de 30 de diciembre, BOE núm. 315, de 31 de Diciembre.

denominado *contrato de concesión de construcción y explotación y conservación de obras hidráulicas*.<sup>12</sup>

Ante tal dispersión normativa, adaptándose el modelo concesional a las exigencias de la concreta actividad económica a la que iba dirigida la construcción y explotación de la obra objeto de concesión - autopistas, obras hidráulicas, ferrocarriles - se hace patente la necesidad de acometer una regulación general que recoja un listado de disposiciones que configuren el marco normativo aplicable a la concesión de obra pública para poder ser aplicada a cualquier sector susceptible de ser objeto bajo el modelo concesional, acudiéndose a la legislación sectorial cuando la naturaleza de la concesión así lo exija.

#### ***1.2.4 Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de la Administraciones Públicas.***

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas<sup>13</sup> de 1995 dedica los artículos 130 a 134 para tratar el contrato de concesión de obra pública siendo la contraprestación a favor del adjudicatario el rasgo configurador de este tipo de contrato “*la contraprestación a favor del adjudicatario consista en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio*”. Dicha Ley junto con la promulgación del Texto Refundido<sup>14</sup> de la LCAP, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, es donde se vuelve a encontrar una regulación de carácter general del contrato de concesión de obras públicas (artículos 220 a 226 del TRLCAP), pero incompleta, pues se limita a establecer determinados requisitos en materia de publicidad y concurrencia, por imperativo de la Directiva comunitaria 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, sin ocuparse de establecer un régimen completo que atendiera a las características que requería el contrato de concesión de obra

---

<sup>12</sup> Actualmente, se encuentra regulado en los arts. 133 a 135 del Texto Refundido de la Ley de Aguas aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2000, de 2 de julio.

<sup>13</sup> Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, 13/1995, de 18 de Mayo, BOE núm. 119, de 19 de Mayo. En adelante, LCAP.

<sup>14</sup> Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, BOE núm. 148, de 21 de Junio. En adelante, TRLCAP.

pública<sup>15</sup>, en particular, las condiciones que informaban la participación de financiación privada.

Por su parte, la Comunicación<sup>16</sup> Interpretativa de la Comisión 2000/C 121/02, de 24 de abril, se había encargado de enumerar las características y rasgos esenciales que configuran la concesión de obra pública y que el legislador tuvo en consideración, incorporándolos en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

No obstante, la insuficiencia normativa respecto al régimen de concesión de obra pública unida a las exigencias en materia de contención presupuestaria impuesta a los Estados miembros en virtud del Pacto de Estabilidad y Crecimiento suscrito en el Consejo de Ámsterdam en 1997 cuya traducción, a nivel interno, fue la aprobación de la Ley 18/2001<sup>17</sup>, de 12 de diciembre, suponen un cúmulo de circunstancias que conducen necesariamente a la consecución de nuevos modelos de colaboración para atraer la captación de capital privado y satisfacer así la demanda de infraestructura respetando, en todo momento, los niveles máximos de déficit público autorizados (inferior al 3% del PIB).

Tal panorama de incertidumbre en términos de seguridad jurídica, con la consecuencia inmediata de un clima desalentador lejano a incentivar la participación de caudales privados en la financiación de la realización de infraestructuras, motivan a que se proceda a la promulgación de un cuerpo legal que regule íntegramente esta figura contractual y que finalmente se materializará con la entrada en vigor de la Ley 13/2003, Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas, de 23 de mayo.

---

<sup>15</sup> JESÚS COLÁS TENA, *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*, p. 370.

<sup>16</sup> *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. En ese caso, la compatibilidad de la financiación adicional tendría que ser analizada a la luz del conjunto de disposiciones pertinentes de derecho comunitario".* (2.1.2 Nota 9).

<sup>17</sup> Ley General de Estabilidad Presupuestaria, 18/2001, de 12 de diciembre, BOE núm. 298, de 13 de Diciembre.

### 1.3 Regulación actual.

#### 1.3.1 Ley 13/2003, de 23 de mayo Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas.

Es la Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas, siguiendo el dictamen del Consejo de Estado, la que dispuso la regulación de este contrato en la propia LCAP, introdujo importantes modificaciones en este contrato – especialmente en el ámbito económico-financiero, admitiendo las modalidades de financiación pública y privada del concesionario<sup>18</sup> –, modificando el articulado del TRLCAP para introducir un nuevo Título V a su Libro II, y otorgó al contrato de concesión de obra pública el *carácter de contrato nominado*. Anteriormente, la doctrina del Consejo de Estado<sup>19</sup> lo definía como un contrato mixto típico<sup>20</sup> en el que las prestaciones de los dos contratos se realizan sucesivamente, sin llegar a coexistir, esto es, como un negocio jurídico concesional de carácter mixto en cuanto al régimen jurídico aplicable, por cuanto en lo que supone ejecución de obra, le eran de aplicación las disposiciones relativas al contrato administrativo de obra, y en lo referido a la explotación de aquélla, el concesionario queda sujeto a las normas reguladoras del contrato de gestión de servicios públicos.<sup>21</sup>

Conviene matizar, puesto que el régimen de concesión de obra pública ya se contemplaba, en gran medida, en el TRLCAP en sus artículos 130 y *ss*, así, lo novedoso de la Ley 13/2003 no es certificar el nacimiento en nuestro ordenamiento de dicha fórmula de construcción-financiación, que es de longeva existencia en nuestro derecho patrio, sino más bien, como efecto y buscado con la “*puesta al día de la institución concesional*”, es el de establecer los términos en que participará el capital privado en la construcción y financiación de las mismas en condiciones que garanticen su participación.<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> Las distintas modalidades de construcción y financiación de las obras públicas aparecen desarrolladas en la Exposición de motivos de la Ley 23/2003 anteriormente desglosada.

<sup>19</sup> Consejo de Estado Dictamen 4464/1998, 22 de diciembre de 1998.

<sup>20</sup> JESÚS COLÁS TENA, *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*, p. 371.

<sup>21</sup> Consejo de Estado Dictamen 4302/1997, 13 de noviembre de 1997.

<sup>22</sup> Colabora Consejería de Obras Públicas y Transporte Junta de Andalucía, *Reflexiones sobre el Contrato de Concesión de Obra Pública*, pp. 17 a 18.

Este impulso dirigido a incentivar la intervención de fondos privados para sufragar el coste de los proyectos objeto de concesión ha alcanzado, a día de hoy, tal magnitud que lleva a afirmar, en palabras de Villar Rojas<sup>23</sup>, que la concesión de obra pública está de moda “*la concesión de obras públicas aparece por aquí y por allá. Las administraciones públicas (estatal, autonómica y local) vienen proyectando y ejecutando obras públicas (infraestructuras) mediante esa fórmula concesional...*”.

Lo que se infiere de esta regulación es una clara apuesta por la intervención de los particulares en este ámbito, no sólo en los sectores tradicionalmente reservados al sector privado, esto es, la construcción, explotación y financiación de la obra pública, sino también en su propia iniciativa, concepción y diseño<sup>24</sup>.

Atendiendo a sus disposiciones, para poder hablar de contrato de concesión de obra pública se ha de reunir, como requisito básico, que exista una *obra pública*, entendiéndose como tal, en un sentido amplio del término, bien inmueble afecto al interés general, llevada a cabo por el adjudicatario de la concesión junto a la explotación económica del mismo o únicamente su explotación refiriéndose, en tal supuesto, a un contrato de concesión que tenga por objeto sólo la explotación.

Otro de los rasgos configuradores del modelo concesional recogidos en LRCCOP, anteriormente apuntado – Comunicación Interpretativa de la Comisión- es el *principio de riesgo y ventura* que debe regir este contrato, asumiendo el contratista los riesgos inherentes a la financiación de la realización y/o explotación de las obras, cuyo reembolso estará sujeto a la retribución que obtenga el particular por medio de las tarifas que habrán de desembolsar los usuarios.

También dedica gran importancia al principio de *equilibrio económico financiero*, que debe ser recompuesto únicamente cuando se alterara por aquellas circunstancias establecidas en la ley. Como importante novedad, se dispone que el equilibrio debe restablecerse si se ha roto, tanto en perjuicio como en favor del

---

<sup>23</sup> VILLAR ROJAS F.J. “*La concesión de obra pública como nueva fórmula de gestión de los servicios sanitarios*”, ponencia impartida en el XIV Congreso Derecho y Salud, organizado por la Asociación Juristas de la Salud, celebrado en Zaragoza, del 23 al 25 de noviembre de 2005.

<sup>24</sup> A.B.CASARES MARCOS, *La iniciativa privada en el diseño, proyección, ejecución y explotación de infraestructuras. Problemas y perspectivas*, en CEFLEGAL, nº 43-44, agosto-septiembre 2004, p. 63.

concesionario. Con lo anterior se pretende evitar situaciones injustas tanto para el concesionario como para la administración y los usuarios<sup>25</sup>.

En cuanto a las distintas fórmulas de retribución a favor del concesionario, la Ley 13/2003 prevé las siguientes modalidades:

- El pago de tarifas por parte de los usuarios que serán fijadas por el órgano de contratación y que tendrán carácter de tarifas máximas, siendo las mismas objeto de revisión de acuerdo con el procedimiento que establezca el contrato.
- El pago de un precio por la utilización de la obra por parte de la Administración, al tener en cuenta su utilización y la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares.
- El concesionario puede ser retribuido con los ingresos procedentes de la explotación de la zona comercial vinculada.

En lo que se refiere a las prerrogativas y derechos de la administración, la ley, además de los convencionales o propios de la concesión, incluye: imponer con carácter temporal las condiciones de utilización de la obra para atender situaciones excepcionales; la modificación de la propia obra pública, soporte de la concesión; el secuestro de ésta, en los supuestos y con los efectos previstos en la norma; y el sistema de penalidades por incumplimiento de sus obligaciones, por parte del concesionario.

Respecto a estas prerrogativas y derechos, la novedad mayor es la incorporación del secuestro de la concesión, que puede acordarse en los casos en que el concesionario no pueda hacer frente –temporalmente y con grave daño social– a la explotación de la obra pública. La ley señala que, efectuado el secuestro, corresponde al órgano de contratación la explotación directa de la obra pública y la percepción de la contraprestación establecida, y se puede utilizar el mismo personal y material del concesionario. También añade que el secuestro tendrá carácter temporal y su duración será la que determinara el órgano de contratación sin que pudiera exceder, incluidas las posibles prórrogas, los tres años<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*, www.caf.com/publicaciones, p. 193.

<sup>26</sup> *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*, www.caf.com/publicaciones, pp. 193 a 194.

### **1.3.2 Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.**

El 1 de mayo de 2008 entra en vigor la nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público<sup>27</sup>, que ha reformado la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y deroga la Ley 13/2003 Reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública – salvo los artículos 253 a 260, ambos inclusive-, que ha quedado insertada en ésta última. La redacción de dicho texto ha sido motivada por la necesidad de transponer a la legislación española la Directiva 2004/18/CE *sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios*, que introduce numerosos y trascendentales cambios en esta regulación, y supone un avance cualitativo en la normativa europea de contratos.

Aunque, como señala la exposición de motivos de la ley, la norma no se ha limitado a transponer la Directiva comunitaria, sino que ha acometido una reforma global de la contratación pública en España, para dar solución a ciertos problemas que la experiencia aplicativa de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha ido poniendo de relieve a lo largo de estos últimos años<sup>28</sup>.

Por prescripción de la disposición final trigésima segunda de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible<sup>29</sup>, conforme a la cual se autoriza al gobierno a emprender una reforma legislativa que incorpore todas disposiciones con rango de Ley dictadas con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP y que de una u otra manera incidan sobre el artículo de aquella normativa. Esto justifica que en noviembre de 2011 se promulgue el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

En cuanto al marco normativo regulador del contrato de concesión de obra pública se produce una derogación de los artículos 253 a 260, ambos inclusive, del

---

<sup>27</sup> Ley de Contratos del Sector Público, 30/2007, de 30 de Octubre, BOE núm. 261, de 31 de Octubre. En adelante LCSP.

<sup>28</sup> *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*, www.caf.com/publicaciones, pp. 194 a195.

<sup>29</sup> Ley de Economía Sostenible, 2/2011, de 4 de Marzo, BOE núm. 55, de 5 de Marzo.

Texto Refundido 2/2000 incorporándolos al presente Texto Refundido a la vez que se incorpora un mayor abanico de posibilidades relativas a las diferentes modalidades financieras de colaboración público-privada. Cabe decir que el conjunto de disposiciones que son de aplicación al contrato de concesión de obra pública se mantiene intactas respecto a la LCSP de 2007.

Así que, para la exposición de dicho contrato, pese a compartir la misma esencia, nos referiremos al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público<sup>30</sup>.

### ***1.3.3 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.***

El TRLCSP 3/2011, de 14 de noviembre, en su artículo 7 apartado primero reza,

*La concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.*

Las principales notas del contrato de concesión de obra pública tipificado en la LCSP son las que a continuación se detallan:

1. En cuanto al objeto, *la obra tiene que ser susceptible de explotación económica.*<sup>31</sup> La Comunicación Interpretativa de la Comisión 2000/C 121/02, ante la ausencia de una definición de obra pública, implica que ha de tratarse de obras reservadas al sector público, el cual como titular de la competencia sobre las mismas puede conceder el derecho de explotación, lo que significa además

---

<sup>30</sup> Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de Noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, BOE núm. 276, de 16 de Noviembre. En adelante, TRLCSP.

<sup>31</sup> Informe 70/2004, de 11 de marzo e Informe 61/03, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

que las obras públicas de que se tratan han de ser susceptibles de explotación económica<sup>32</sup>.

Además, debe tratarse de la construcción y explotación de una *obra pública*, es decir, que sirva de soporte para la prestación de un *servicio público* de naturaleza económica, entendiéndose por éste, en un sentido amplio, que esté afecto a la prestación de un servicio destinado a satisfacer el interés general.

Por obra debemos entender “*el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble*”<sup>33</sup>.

A diferencia de los presupuestos objetivos configuradores del contrato de concesión de obra pública contemplados en la LRCCOP y, en él ya derogado TRLACAP de 2000, en el que se contemplaba la posibilidad de realizar las prestaciones de construcción y/o explotación de aquéllas recogidas en el art. 120 de la LCAP o que fueran imprescindibles para el desarrollo de actividades vinculadas al interés general, en la LCSP únicamente se prevé la posibilidad de realizar la construcción y explotación de la obra, descartando, en consecuencia, el poder realizar solamente labores de explotación.

Otra distinción respecto a la regulación de 2003, consiste en una ampliación de la enumeración de prestaciones susceptibles de constituir el objeto de una concesión, pues, además del catálogo de prestaciones propias del contrato de obras, detallado en el Anexo 1<sup>34</sup> incluidas “*las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos*”, art. 6 del TRLCSP, en los sucesivos apartados del precepto siguiente de dicha ley se recoge un listado de actividades entre las que se incluyen:

- “*La adecuación, reforma y modernización de la obra para adaptarla a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación de los servicios o la realización de las actividades económicas a las que sirve de soporte material.*”

---

<sup>32</sup> P. RODRÍGUEZ LÓPEZ, << *Los Contratos del Sector Público*>>; Edisofer S.L. Libros Jurídicos, p. 122.

<sup>33</sup> Art. 6.2 LCSP.

<sup>34</sup> Las prestaciones que se enumeran son: construcción; preparación de obras; demolición de inmuebles y movimientos de tierras; perforaciones y sondeos;

- *Las actuaciones de reposición y gran reparación que sean exigibles en relación con los elementos que ha de reunir cada una de las obras para mantenerse apta a fin de que los servicios y actividades a los que aquéllas sirven puedan ser desarrollados adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y las demandas sociales.*
- *El contrato de concesión de obras públicas podrá también prever que el concesionario esté obligado a proyectar, ejecutar, conservar, reponer y reparar aquellas obras que sean **accesorias** o estén **vinculadas con la principal** y que sean necesarias para que ésta cumpla la finalidad determinante de su construcción y que permitan su mejor funcionamiento y explotación, así como a efectuar las actuaciones ambientales relacionadas con las mismas que en ellos se prevean. En el supuesto de que las obras vinculadas o accesorias puedan ser objeto de explotación o aprovechamiento económico, éstos corresponderán al concesionario conjuntamente con la explotación de la obra principal, en la forma determinada por los pliegos respectivos”.*<sup>35</sup>

Dada la relevancia que presenta el objeto en virtud del cual se activan los mecanismos procedimentales necesarios para la perfección de esta modalidad contractual, conviene hacer una serie de precisiones. En primer término, las prestaciones propias del contrato de obras admitidas algunas, tal como dispone por remisión el art. 7 TRLCSP, como posible objeto de concesión de obra pública, deberán presentar el requisito esencial de ser *susceptible de explotación*<sup>36</sup>, al constituir tal explotación la básica modalidad de contraprestación a favor del concesionario. Aclaración pertinente debido a la ausencia de especificación en el art. 6 y Anexo I respecto a qué obras, a título particular, pueden constituir el objeto de un contrato de concesión de obra pública.

Lo que nos habilita para afirmar que actividades, entre otras, como la demolición y derribo de edificios, no podrán ser objeto de un contrato de concesión de obra pública.

En cuanto a la enumeración del art.7.2 del TRLCSP, el concepto de obras vinculadas no aparece definido en la LCSP, como tampoco lo estaba en la LCAP, si

---

<sup>35</sup> Art.7 LCSP.

<sup>36</sup> Informe 70/2004, 11 de marzo de 2004, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

bien cabe entender que pueden ser tanto las obras públicas diferenciadas (art. 240), como las obras relativas a la zona comercial<sup>37</sup> (art. 231, 248.1).

2. La particular forma de financiación de las labores de construcción, explotación y conservación de la obra llevada a cabo por el concesionario, mediante distintas fórmulas financieras de colaboración público-privada.
3. La prolongada duración del contrato (hasta 40 años) para permitir la amortización de los desembolsos realizados por el concesionario pues una vez extinguido el contrato, la titularidad de las obras es adquirida por la Administración Pública sin coste.
4. El principio de riesgo y ventura, que significa que al derecho de explotación va unida la transferencia al concesionario de los riesgos resultante de esa misma explotación.<sup>38</sup>
5. Las distintas formas de retribución a favor del concesionario, bien mediante el derecho a la explotación de la obra, bien mediante la gestión de la obra acompañada del derecho a percibir un precio por parte de la Administración.

En la legislación de 2003, el concesionario disponía de distintas posibilidades respecto a la contraprestación a percibir, ya sea mediante el pago de tarifa procedente de los usuarios de la obra, ya mediante la percepción de un precio abonado por la Administración o mediante la explotación de la obra.

## **2. FASES DEL CONTRATO: REAL DECRETO LEGISLATIVO 3/2011, DE 14 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.**

Concluida una exposición en detalle de la progresiva construcción normativa del contrato de concesión de obra pública hasta su actual composición, debemos atender al procedimiento legal contemplado para la formalización de este tipo de contrato.

No debemos olvidar que, pese a referirnos a un acuerdo de voluntades, donde primaría la autonomía de la voluntad para la fijación de las condiciones que deben regir el negocio jurídico, el principio de legalidad y tipificación cobran mayor relevancia al

---

<sup>37</sup> FRANCIS LEFEBVRE, *Memento Práctico*, p. 740.

<sup>38</sup> Comunicación Interpretativa 2000/C 121/0234.

concurrir como parte contratante la Administración Pública, dándose una preponderancia en cuanto a su capacidad de disposición fundamentada en su cometido de atender el interés general conforme a lo proclamado en el art. 25.1 del *TRLCSP* “*en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración*”.

Como dispone el apartado a) del artículo 19.1 *TRLCSP* el contrato de concesión de obra pública es definido como un contrato administrativo contemplándose en el mismo *TRLCSP* su particular régimen jurídico respecto a las fases que componen su formalización: preparación, adjudicación, ejecución y extinción, aplicándose de manera subsidiaria, las restantes normas de Derecho administrativo y, en defecto de éstas acudiendo a las normas de Derecho privado.

En cuanto al concesionario, deberá cumplir con los requisitos previstos en el artículo 54 *TRLCSP* referido a las condiciones de aptitud para contratar con el sector público<sup>39</sup>.

## **2.1 Preparación.**

Libro I del *TRLCSP*, en concreto, su artículo 67 determina que «a los contratos cuya adjudicación ser rige por la presente Ley precederá la tramitación del expediente de contratación que se iniciará por el órgano de contratación justificando la necesidad de la misma. Al expediente se incorporarán el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas particulares que hayan de regir el contrato, con precisión del plazo de duración del contrato...».

---

<sup>39</sup>«Sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas. 2. Los empresarios deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato”.

La dificultad de los proyectos que se elaboran con motivo de la ulterior adjudicación de una concesión de obra pública, justifica que con anterioridad a la redacción del << anteproyecto >> o el << proyecto técnico >>, la Administración Pública proceda a un análisis en clave económico y financiero plasmado en un << estudio de viabilidad >> (art. 128 TRLCSP).

La celebración de un contrato de concesión de obra pública exige una serie de actuaciones preparatorias, dirigidas a definir con precisión el objeto material del contrato y a garantizar la adecuación del procedimiento por el que los entes del sector público contratan conforme a las previsiones legales establecidas al efecto.

Tales actuaciones se plasman en la tramitación del expediente de contratación, al que se incorporan los pliegos de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas (art. 116 TRLCSP).

### ***2.1.1 Estudio de viabilidad (art. 128).***

Como paso previo a la adjudicación de la obra que se explotará en régimen de concesión, el órgano correspondiente de la Administración contratante procederá a la elaboración de un estudio de viabilidad.

El estudio de viabilidad, documento que no se ciñe únicamente a una mera definición de los principales rasgos de la obra, así como, a la finalidad y justificación de llevar a cabo la misma, sino que también en él se incorpora un análisis de rentabilidad de la obra adjuntándose para ello informes concernientes a la previsiones de demanda y de incidencia social en el área de influencia. Además, se deben incorporar documentos que versen sobre la fórmula escogida para la financiación del proyecto junto con el coste de la inversión. Tales estudios e informes que han de incluirse se enumeran nominalmente en el precepto 128.2 del TRLCSP 3/2011 que dispone “2. *El estudio de viabilidad deberá contener, al menos, los datos, análisis, informes o estudios que procedan sobre los puntos siguientes:*

- Finalidad y justificación de la obra, así como definición de sus características esenciales.

- Previsiones sobre la demanda de uso e incidencia económica y social de la obra en su área de influencia y sobre la rentabilidad de la concesión.
- Valoración de los datos e informes existentes, que hagan referencia al planeamiento sectorial, territorial o urbanístico.
- Estudio de impacto ambiental, cuando éste sea preceptivo de acuerdo con la legislación vigente. En los restantes casos, un análisis ambiental de las alternativas y las correspondientes medidas correctoras y protectoras necesarias.
- Justificación de la solución elegida, indicando, entre las alternativas consideradas si se tratara de infraestructuras viarias o lineales, las características de su trazado.
- Riesgos operativos y tecnológicos en la construcción y explotación de la obra.
- Coste de la inversión a realizar, así como el sistema de financiación propuesto para la construcción de la obra con la justificación, asimismo, de la procedencia de ésta.
- Estudio de seguridad y salud o, en su caso, estudio básico de seguridad y salud, en los términos previstos en las disposiciones mínimas de seguridad y salud en obras de construcción.

Una vez presentado el estudio, se someterá a información pública por el plazo de un mes, pudiéndose prorrogar por idéntico período con motivo de la complejidad que presenta y se dará traslado del mismo para la emisión, en el plazo de un mes, de informe acerca del estudio por los órganos de la Administración General del Estado, las Comunidades autónomas y Entidades Locales afectadas, cuando la obra no esté reflejada en el correspondiente plan urbanístico. Este mismo trámite de información pública servirá para cumplimentar el informe de impacto ambiental cuando éste sea requerido.

No obstante, pese a que la preparación de este estudio corresponde, en primer término, a la Administración concedente, se admite la posibilidad de iniciativa privada en cuanto a la presentación del mismo en eventuales concesiones. Presentado el estudio, será elevado al órgano competente para que en el plazo de tres meses comunique al particular la decisión de tramitar o no tramitar el mismo o fije un plazo mayor para su estudio que, en ningún caso, será superior a seis meses. En caso de que la

Administración no se pronuncie en el plazo estipulado, tal silencio equivaldrá a la no aceptación del estudio (art.128.5 TRLCSP).

Además, en virtud del apartado sexto de dicho artículo, este estudio de viabilidad podrá ser sustituido por un estudio de viabilidad económica-financiera *“cuando por la naturaleza y finalidad de la obra o por la cuantía de la inversión requerida considerara que éste es suficiente...”*.

Encontramos en este apartado una posibilidad ya prevista en el art. 222 del TRLCAP, que contemplaba la opción de solicitar la licitación de un contrato de de concesión de obras a instancia del particular.

Por último, si finalmente el estudio de viabilidad presentado por particular fuera aceptado y, se otorgará la concesión tras la oportuna licitación, al autor de dicho estudio, en caso de no ser el adjudicatario, se le reconoce el derecho de consolidación, es decir, recuperar la inversión realizada en la elaboración del proyecto, incrementados los gastos en un 5% como compensación. Gastos que podrán imputarse al concesionario si así se acuerda como condición contractual en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Como dato anecdótico, en la LCAP, con mismo fundamento, se preveía en concepto de resarcimiento de gastos, un incremento del 10% de los gastos derivados del proyecto.

Es a la Administración concedente a la que corresponde la determinación del importe de los gastos tomando en consideración aquéllos que hayan sido acreditados y atendiendo a la naturaleza y contenido del estudio, así como, a los precios de mercado.

### ***2.1.2 Anteproyecto de construcción y explotación de la obra (art. 129).***

Realizado el estudio de viabilidad, la Administración procederá a la elaboración de un <<anteproyecto>> técnico, en caso de que no se haya alcanzado una completa definición de la obra y su complejidad así lo justifique o de un <<proyecto>> técnico si las obras están definidas de una manera nítida (art 130). De conformidad con el artículo 129.2 *“el anteproyecto de construcción y explotación de la obra deberá contener, como mínimo, la siguiente documentación:*

- a) *Una memoria en la que se expondrán las necesidades a satisfacer, los factores sociales, técnicos, económicos, medioambientales y administrativos considerados para atender el objetivo fijado y la justificación de la solución que se propone. La memoria se acompañará de los datos y cálculos básicos correspondientes.*
- b) *Los planos de situación generales y de conjunto necesarios para la definición de la obra.*
- c) *Un presupuesto que comprenda los gastos de ejecución de la obra, incluido el coste de las expropiaciones que hubiese que llevar a cabo, partiendo de las correspondientes mediciones aproximadas y valoraciones. Para el cálculo del coste de las expropiaciones, se tendrá en cuenta el sistema legal de valoraciones vigente.*
- d) *Un estudio relativo al régimen de utilización y explotación de la obra, con indicación de su forma de financiación y del régimen tarifario que regirá en la concesión, incluyendo, en su caso, la incidencia o contribución en éstas de los rendimientos que pudieran corresponder a la zona de explotación comercial”.*

En ambos supuestos, antes de ser aprobado el proyecto que en su caso corresponda, se habrá de cumplir un trámite de información pública por el plazo de un mes, prorrogable por idéntico plazo, para que se formulen las alegaciones que se consideren pertinentes en relación a la ubicación, características de la obra, declaración de utilidad pública, dándose traslado del mismo para la emisión de informe a los órganos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y Entidades Locales afectadas. Dicho trámite también permite el cumplimiento del estudio de impacto ambiental cuando éste sea preceptivo y no se haya efectuado anteriormente por tratarse de un supuesto inmerso en artículo 128.6.

Cuando en el pliego de cláusulas administrativas particulares así se haya previsto, los licitadores podrán proponer las mejoras o modificaciones del anteproyecto que estimen conveniente. De esta manera, apreciamos una flexibilización de la formación de la voluntad contractual de la Administración pues se reconoce un mayor espacio de libertad al particular, pudiendo tener un papel activo no solamente en su facultad a la hora de presentar el estudio de viabilidad sino también en las sugerencias de mejoras referidas al anteproyecto. Consideraciones que junto a evacuación pública del proyecto la Administración está obligada a tomar en consideración antes de su aprobación.

### ***2.1.3 Proyecto de la obra y replanteo de éste (art. 130).***

Todo contrato de concesión de obra pública, por definición, requiere y exige la determinación de su objeto. Esta exigencia se traduce en la necesidad de que, con carácter previo a la adjudicación del contrato, se redacte un proyecto en el que se defina la obra que va a ejecutarse. Una vez aprobado dicho proyecto, que puede ser redactado por la Administración o por el concesionario, ha de procederse al replanteo de la obra.

En particular, se procederá a la elaboración, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto de acuerdo con el régimen general establecido para el contrato de obras (art. 121 y ss. TRLCSP), así como, al reconocimiento de la utilidad pública de la obra a los efectos previstos en la legislación de expropiación forzosa cuando las obras sean definidas en todas sus características por la Administración concedente.

Su redacción corresponde a la Administración concedente, como obligar su presentación al concesionario. La Administración debe en todo caso supervisar, aprobar y replantear el proyecto (artículo 130 del TRLCSP). 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.

No deja de sorprender el hecho de que el TRLCSP no establezca con precisión los supuestos en que cabe la posibilidad de dejar la redacción del proyecto en manos del concesionario.

En el supuesto de que las obras estén claramente definidas en todas sus características por la Administración concedente, corresponde a ésta la redacción, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto, de acuerdo con lo dispuesto en los correspondientes artículos de la Ley y al reconocimiento de la utilidad pública de la obra, a los efectos previstos en la legislación de expropiación forzosa.

Cuando no haya existido anteproyecto debe someterse el proyecto, antes de su aprobación definitiva, al trámite de información pública por el plazo de un mes, prorrogable por idéntico plazo, por razón de la complejidad del mismo y trasladarse

para informe a los órganos de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales afectadas.

El trámite de información pública sirve para cumplimentar el concerniente al estudio de impacto ambiental, en los casos en que la declaración de impacto ambiental resulte preceptiva y no se hubiera realizado anteriormente, por haberse presentado el estudio de viabilidad a iniciativa privada<sup>40</sup>.

#### ***2.1.4. Pliego de cláusulas administrativas particulares (art. 131).***

El pliego de cláusulas administrativas es aquél documento en el se incluye los elementos más relevantes para la formación de la voluntad contractual de ambas partes pues incorpora la definición del objeto unido a los requisitos de solvencia y capacidad del concesionario y la determinación de las condiciones de la oferta que tendrán como fin la composición de los derechos y obligaciones de ambas partes.

En este sentido, los pliegos adquieren su relevancia en el contrato como la ley del mismo.<sup>41</sup>

Su contenido mínimo viene recogido en el artículo 131 del TRCSP y consiste en:

*a) Definición del objeto del contrato, con referencia al anteproyecto o proyecto de que se trate y mención expresa de los documentos de éste que revistan carácter contractual. En su caso determinación de la zona complementaria de explotación comercial.*

*b) Requisitos de capacidad y solvencia financiera, económica y técnica que sean exigibles a los licitadores.*

*c) Contenido de las proposiciones, que deberán hacer referencia, al menos, a los siguientes extremos:*

---

<sup>40</sup> JESÚS COLÁS TENA, *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*, p. 377.

<sup>41</sup> Junta Consultiva de Contratación Administrativa Informe 65/1996, 20 de marzo de 1997.

*1.º Relación de promotores de la futura sociedad concesionaria, en el supuesto de que estuviera prevista su constitución, y características de la misma tanto jurídicas como financieras.*

*2.º Plan de realización de las obras con indicación de las fechas previstas para su inicio, terminación y apertura al uso al que se destinen.*

*3.º Plazo de duración de la concesión.*

*4.º 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 y obligaciones de pago y gastos financieros, directos o indirectos, estimados. Deberá ser objeto de consideración específica la incidencia en las tarifas, así como en las previsiones de amortización, en el plazo concesional y en otras variables de la concesión previstas en el pliego, 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. En cualquier caso, si los rendimientos de la zona comercial no superan el umbral mínimo fijado en el pliego de cláusulas administrativas, dichos rendimientos no podrán considerarse a los efectos de la revisión de los elementos señalados anteriormente.*

*5.º En los casos de financiación mixta de la obra, propuesta del porcentaje de financiación con cargo a recursos públicos, por debajo de los establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.*

*6.º Compromiso de que la sociedad concesionaria adoptará el modelo de contabilidad que establezca el pliego, de conformidad con la normativa aplicable, incluido el que pudiera corresponder a la gestión de las zonas complementarias de explotación comercial, sin perjuicio de que los rendimientos de éstas se integren a todos los efectos en los de la concesión.*

*7.º En los términos y con el alcance que se fije en el pliego, los licitadores podrán introducir las mejoras que consideren convenientes, y que podrán referirse a características estructurales de la obra, a su régimen de explotación, a las medidas tendentes a evitar los daños al medio ambiente y los recursos naturales, o a mejoras sustanciales, pero no a su ubicación.*

De todos estos elementos, cabe subrayar el plan económico-financiero pues es el apartado en el que se refleja el umbral de riesgo y potenciales beneficios que acuerda el concesionario.

*d) Sistema de retribución del concesionario en el que se incluirán las opciones posibles sobre las que deberá versar la oferta, así como, en su caso, las fórmulas de actualización de costes durante la explotación de la obra, con referencia obligada a su repercusión en las correspondientes tarifas en función del objeto de la concesión.*

- El umbral mínimo de beneficios derivados de la explotación de la zona comercial por debajo del cual no podrá incidirse en los elementos económicos de la concesión.
- Cuantía y forma de las garantías.
- Características especiales, en su caso, de la sociedad concesionaria.
- Plazo, en su caso, para la elaboración del proyecto, plazo para la ejecución de las obras y plazo de explotación de las mismas, que podrá ser fijo o variable en función de los criterios establecidos en el pliego.
- Derechos y obligaciones específicas de las partes durante la fase de ejecución de las obras y durante su explotación.
- Régimen de penalidades y supuestos que puedan dar lugar al secuestro de la concesión.
- Lugar, fecha y plazo para la presentación de ofertas.

Es pertinente resaltar lo trascendental de las condiciones pactadas pues como declara el Consejo de Estado<sup>42</sup> “*son principios básicos de la contratación administrativa la obligatoriedad de lo pactado y la estricta sujeción a lo que las partes hayan convenido*” (dictamen del Consejo de Estado número 43909, de 22 de diciembre de 1981).

---

<sup>42</sup> Dictamen del Consejo de Estado 3344/2002, aprobado el 13 de marzo de 2003.

## **2.2 Adjudicación.**

### **2.2.1 Normas generales.**

Existen distintos procedimientos para la selección del concesionario o contratista encargado de realizar la obra pública objeto de concesión, por la Administración, pudiéndose emplear tanto el procedimiento abierto como el restringido reservándose el procedimiento negociados para supuestos excepcionales.

### **2.2.2 El Procedimiento abierto.**

### **2.2.3 El Procedimiento restringido.**

Según el tenor del art 138 del TRLCS

*Los contratos que celebren las Administraciones Públicas se adjudicarán con arreglo a las normas del presente Capítulo 2. La adjudicación se realizará, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido. En los supuestos enumerados en los artículos 170 a 175, ambos inclusive, podrán seguirse el procedimiento negociado, y en los casos previstos en el artículo 180 podrá recurrirse al diálogo competitivo.*

El procedimiento restringido presente la singularidad de que

*Sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el órgano de contratación. En este procedimiento estará prohibida toda negociación de los términos del contrato con los solicitantes o candidatos” (art.162 TRLCSP).*

### **2.2.4 El procedimiento negociado.**

Los supuestos generales a que se refiere el artículo 170 así como, los supuestos propios del contrato de concesión de obra pública cifrados en el artículo 175 por alusión genérica, se habilita la adjudicación de la concesión a través del procedimiento negociado siendo estos supuestos los siguientes:

*a) Cuando las proposiciones u ofertas económicas en los procedimientos abiertos, restringidos o de diálogo competitivo seguidos previamente sean irregulares o inaceptables por haberse presentado por empresarios carentes de aptitud, por incumplimiento en las ofertas de las obligaciones legales relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente y condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 119, por infringir las condiciones para la presentación de variantes o mejoras, o por incluir valores anormales o desproporcionados, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato.*

*b) En casos excepcionales, cuando se trate de contratos en los que, por razón de sus características o de los riesgos que entrañen, no pueda determinarse previamente el precio global.*

*c) Cuando, tras haberse seguido un procedimiento abierto o restringido, no se haya presentado ninguna oferta o candidatura, o las ofertas no sean adecuadas, siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente. Tratándose de contratos sujetos a regulación armonizada, se remitirá un informe a la Comisión de la Unión Europea, si ésta así lo solicita.*

*d) Cuando, por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado.*

*e) Cuando una imperiosa urgencia, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el artículo 112.*

*f) Cuando el contrato haya sido declarado secreto o reservado, o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la*

*legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2.d).*

*g) Cuando se trate de contratos incluidos en el ámbito del artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.*

Por su parte, el artículo 175 recoge un supuesto que, incluyendo los presupuestos que se detallan en el artículo 170, aquél posibilita la articulación de este procedimiento cuando

*Salvo que se disponga otra cosa en las normas especiales por las que se regulen, los restantes contratos de las Administraciones Públicas podrán ser adjudicados por procedimiento negociado en los casos previstos en el artículo 170 y, además, cuando su valor estimado sea inferior a 100.000 euros.*

### **2.2.5 Diálogo competitivo.**

Se procederá a la tramitación del contrato de concesión de obra pública mediante el procedimiento de diálogo competitivo cuando se concurra alguno de los supuestos enumerados en el artículo 180 del TRLCSP que son los siguientes:

*1. El diálogo competitivo podrá utilizarse en el caso de contratos particularmente complejos, cuando el órgano de contratación considere que el uso del procedimiento abierto o el del restringido no permite una adecuada adjudicación del contrato.*

*2. A estos efectos, se considerará que un contrato es particularmente complejo cuando el órgano de contratación no se encuentre objetivamente capacitado para definir, con arreglo a las letras b), c) o d) del apartado 3 del artículo 117, los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidades u objetivos, o para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto”.*

Destacar que, toda la normativa relativa al procedimiento para la adjudicación de un contrato administrativo con el sector público está presidida por una amplia garantía en orden a salvaguardar los principios de publicidad y concurrencia posibilitando a cualquier particular el acceso a la contratación administrativa como pone de manifiesto

el Tribunal Supremo en la Sentencia 22/9/1988 o la del Tribunal Superior de Justicia de Asturias núm. 117/2001, de 19 de febrero, que expresó lo siguiente

*las normas sobre adjudicación de los contratos tienen un sentido especialmente garantista, por cuanto pretender facilitar la plenitud de los principios de publicidad y concurrencia, de modo que se asegure la igualdad de oportunidades en el acceso a la contratación pública, y a diferencia de otras disposiciones, como las que regulan las facultades de dirección y de interpretación de los contratos, las relativas a formas de adjudicación no aportan prerrogativas o privilegios a la Administración, sino que por el contrario suponen importantes restricciones al limitar, por las referidas razones de garantías señaladas antes, el haz de facultades de aquélla.*

## **2.3 Ejecución.**

### **2.3.1 Construcción de las obras objeto de concesión.**

Las obras deberán realizarse conforme a lo estipulado en el proyecto por el órgano de contratación y en los plazos previstos en el pliego de cláusulas administrativas como recoge el artículo 240.1 del TRLCSP. La ejecución de la obra puede realizarse con la colaboración de la Administración o ser contratada total o parcialmente por un tercero.

En el supuesto de ejecución con ayuda de la Administración, esta ayuda podrá consistir en:

- En la ejecución por su cuenta de parte de la misma, siendo preciso que en su financiación parcial la parte de obra que ejecute deberá presentar características propias que permitan su tratamiento diferenciado, y deberá ser objeto a su terminación de la correspondiente recepción formal. Si no dispusiera otra cosa el pliego de cláusulas administrativas particulares, el importe de la obra se abonará de acuerdo con lo establecido en el artículo 232.
- En su financiación parcial, el importe de la financiación que se otorgue podrá abonarse en los términos pactados, durante la ejecución de las obras, de acuerdo

con lo establecido en el artículo 232, o bien una vez que aquéllas hayan concluido, en la forma en que se especifica en el artículo 254.

#### ***2.3.1.1 Ejecución de obras por terceros.***

En el caso en que el concesionario acuerde la ejecución de la obra, estará vinculado por una serie de obligaciones de supervisión, enumeradas en el artículo 241, en concreto:

- Control de la ejecución de las obras que contrate con terceros debiendo ajustarse el control al plan que el concesionario elabore y resulte aprobado por el órgano de contratación. Éste podrá en cualquier momento recabar información sobre la marcha de las obras y girar a las mismas las visitas de inspección que estime oportunas.
- Responderá ante el órgano de contratación de las consecuencias derivadas de la ejecución o resolución de los contratos que celebre con terceros y responsable asimismo único frente a éstos de las mismas consecuencias.

#### ***2.3.1.2 Principio de riesgo y ventura en la ejecución de las obras.***

Si no se hubiere acordado nada en cuanto a la participación de la Administración Pública en la ejecución de la obra en las modalidades previstas en el artículo 240.1, como regla general, las obras se llevarán a cabo a riesgo y ventura del concesionario como dispone el artículo 242.1 del TRLCSP.

En caso de paralización del plazo de duración de la concesión por causa imputable a la Administración o debido a fuerza mayor, tal interrupción no se tomará a efectos de cómputo del plazo otorgado. Empero, si el retraso en la ejecución de las obras es responsabilidad del titular de la concesión se atenderá a lo estipulado en el

régimen de penalidades recogido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en la presente Ley sin posibilidad de prorrogar el plazo acordado.

Cuando concurren causas de fuerza mayor <sup>43</sup>se procederá de distinta forma en función de su repercusión en la ejecución de la obra:

- Bien, se adecuaran los mayores costes derivados de la fuerza mayor al plan económico- financiero.
- O bien, se procederá a la resolución del contrato ante la imposibilidad de continuar la realización de la obras. En este caso, el concesionario deberá percibir por parte del órgano de contratación el importe total de las obras ejecutadas así como los *mayores*<sup>44</sup> costes que hubiera debido soportar con motivo de su endeudamiento con tercero.

En cuando a la modificación del proyecto, sólo se puede conmutar cuando *“una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el proyecto de acuerdo con lo establecido en el Título V del Libro I y en el artículo 249.1.b). El plan económico-financiero de la concesión deberá recoger en todo caso, mediante los oportunos ajustes, los efectos derivados del incremento o disminución de los costes”* (art.243).

Concluidas las obras, la Administración concedente procederá a la comprobación de las mismas como exigencia contenida en el artículo 244 del TRLCSP. Este trámite de comprobación se articula mediante la expedición, por la Administración ante la cual debe procederse a la entrega de los bienes e instalaciones, de dos documentos, en concreto, el acta de comprobación formal y el acta de recepción formal.

- Acta de comprobación: la Administración concedente deberá comprobar que las obras, una vez finalizadas, se encuentran en buen estado y que se ajustan al proyecto aprobado en su día y, en su caso, a las modificaciones que se hayan ido introduciendo. Para ello, procederá al levantamiento de un acta de comprobación, al objeto de verificar que haya habido un correcto cumplimiento

---

<sup>43</sup> La mayor fuerza puede definirse como *“aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean sin embargo inevitables, insuperables o irresistibles, siempre que la causa que los motive sea independiente y extraña a la voluntad del sujeto obligado”*. Consejo de Estado Dictamen 55472/1991, 14 de marzo

<sup>44</sup> Término a mi juicio impreciso que puede suscitar controversia cuando se de este concreto supuesto.

del contrato por parte del concesionario. Al acta de comprobación le acompañará un documento de valoración de la obra pública ejecutada y, en su caso, una declaración del cumplimiento de las condiciones impuestas en la declaración de impacto ambiental.

Por último, la aprobación del acta de comprobación de las obras por el órgano de la Administración concedente llevará implícita la autorización para la apertura de las mismas al uso público, comenzando desde ese momento el plazo de garantía de la obra cuando haya sido ejecutada por terceros distintos del concesionario, así como la fase de explotación.

- Acta de recepción: se levantará al término de la concesión, una vez que el concesionario haya entregado al órgano de contratación, en buen estado de conservación y uso, las obras incluidas en la concesión, junto con los bienes e instalaciones necesarios para la explotación, así como, los incluidos en la zona de explotación comercial, si los hay. El levantamiento y contenido del acta de recepción se ajustará a lo establecido en la Ley para el contrato de obras<sup>45</sup> (art.235 del TRLCSP).

### ***2.3.2 Derecho y obligaciones del concesionario y prerrogativas de la Administración concedente.***

#### ***2.3.2.1 Derechos y obligaciones del concesionario.***

Al titular de una concesión de obra pública se le reconocen los siguientes derechos art. 245):

- El derecho a explotar la obra pública y percibir la retribución económica prevista en el contrato durante el tiempo de la concesión.

---

<sup>45</sup> FRANCIS LEFEBVRE, *Memento Práctico*, pp. 750 a 751.

- El derecho al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión, en la forma y con la extensión prevista en el artículo 258.
- El derecho a utilizar los bienes de dominio público de la Administración concedente necesarios para la construcción, modificación, conservación y explotación de la obra pública.
- El derecho a recabar de la Administración la tramitación de los procedimientos de expropiación forzosa, imposición de servidumbres y desahucio administrativo que resulten necesarios para la construcción, modificación y explotación de la obra pública.
- Los bienes y derechos expropiados que queden afectos a la concesión se incorporarán al dominio público.
- El derecho a ceder la concesión de acuerdo con lo previsto en el artículo 226 y a hipotecar la misma en las condiciones establecidas en la Ley, previa autorización del órgano de contratación en ambos casos.
- El derecho a titularizar sus derechos de crédito, en los términos previstos en la Ley.
- Cualesquiera otros que le sean reconocidos por ésta u otras Leyes o por los pliegos de condiciones.

Como contraparte, son obligaciones generales del concesionario (Art. 246):

- Ejecutar las obras con arreglo a lo dispuesto en el contrato.
- Explotar la obra pública, asumiendo el riesgo económico de su gestión con la continuidad y en los términos establecidos en el contrato u ordenados posteriormente por el órgano de contratación.
- Admitir la utilización de la obra pública por todo usuario, en las condiciones que hayan sido establecidas de acuerdo con los principios de igualdad, universalidad y no discriminación, mediante el abono, en su caso, de la correspondiente tarifa.

- Cuidar del buen orden y de la calidad de la obra pública, y de su uso, pudiendo dictar las oportunas instrucciones, sin perjuicio de los poderes de policía que correspondan al órgano de contratación.
- Indemnizar los daños que se ocasionen a terceros por causa de la ejecución de las obras o de su explotación, cuando le sean imputables de acuerdo con el artículo 214.  
Proteger el dominio público que quede vinculado a la concesión, en especial, preservando los valores ecológicos y ambientales del mismo.
- Cualesquiera otras previstas en ésta u otra Ley o en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Respecto a la explotación de la obra, el concesionario asume una serie de deberes al efecto como dispone el artículo 247 referido al uso y conservación de la obra pública.

- El concesionario deberá cuidar de la adecuada aplicación de las normas sobre uso, policía y conservación de la obra pública.
- El personal encargado de la explotación de la obra pública, en ausencia de agentes de la autoridad, podrá adoptar las medidas necesarias en orden a la utilización de la obra pública, formulando, en su caso, las denuncias pertinentes.
- El concesionario podrá impedir el uso de la obra pública a aquellos usuarios que no abonen la tarifa correspondiente, sin perjuicio de lo que, a este respecto, se establezca en la legislación sectorial correspondiente.
- El concesionario deberá mantener la obra pública de conformidad con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación.
- La Administración podrá incluir en los pliegos de condiciones mecanismos para medir la calidad del servicio ofrecida por el concesionario, y otorgar ventajas o penalizaciones económicas a éste en función de los mismos.

Según el tenor del artículo 248, el concesionario tiene derecho a incluir en la obra pública *“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”*. La implantación de estas actividades complementarias se efectuará según lo previsto en los pliegos generales o particulares que rijan el contrato de concesión y, en su caso, con lo determinado en la legislación o el planeamiento urbanístico que resulte de aplicación.

La explotación de tales zonas quedan sujetas al principio de unidad de gestión y control por parte de la Administración concedente y su explotación se llevará a cabo de manera conjunta con la obra ya sea por el concesionario o mediante tercero atendiendo a lo estipulado al respecto en el pliego de la concesión.

#### ***2.3.2.2. Prerrogativas y derechos de la Administración.***

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 249 *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y con los efectos señalados en esta Ley, el órgano de contratación o, en su caso, el órgano que se determine en la legislación específica, ostentará las siguientes prerrogativas y derechos en relación con los contratos de concesión de obras públicas:*

- Interpretar los contratos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento.
- Modificar los contratos por razones de interés público debidamente justificadas, de acuerdo con lo previsto en el título V del libro I.
- Restablecer el equilibrio económico de la concesión a favor del interés público, en la forma y con la extensión prevista en el artículo 258.
- Acordar la resolución de los contratos en los casos y en las condiciones que se establecen en los artículos 269 y 270.

- Establecer, en su caso, las tarifas máximas por la utilización de la obra pública.
- Vigilar y controlar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, a cuyo efecto podrá inspeccionar el servicio, sus obras, instalaciones y locales, así como la documentación, relacionados con el objeto de la concesión.
- Asumir la explotación de la obra pública en los supuestos en que se produzca el secuestro de la concesión.
- Imponer al concesionario las penalidades pertinentes por razón de los incumplimientos en que incurra.
- Ejercer las funciones de policía en el uso y explotación de la obra pública en los términos que se establezcan en la legislación sectorial específica.
- Imponer con carácter temporal las condiciones de utilización de la obra pública que sean necesarias para solucionar situaciones excepcionales de interés general, abonando la indemnización que en su caso proceda.
- Cualesquiera otros derechos reconocidos en ésta o en otras leyes.

Es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, modificación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del concesionario en la fase de ejecución y se trate de algunas de las obras contempladas en el artículo 211.3.b) o, en su caso, en la legislación específica aplicable.

El órgano de contratación de conformidad con lo establecido en el precepto 250 podrá acordar la modificación <sup>46</sup>de la obra pública *”cuando el interés público lo exija y si concurren las circunstancias previstas en el Título V del Libro I, la modificación de la obra pública, así como su ampliación o, si concurren las circunstancias previstas en el artículo 171.b), la realización de obras complementarias directamente relacionadas con el objeto de la concesión durante la vigencia de ésta, procediéndose, en su caso, a la revisión del plan económico-financiero al objeto de acomodarlo a las nuevas circunstancias” 2. Toda modificación que afecte el equilibrio económico de la*

---

<sup>46</sup>“La modificación solo es posible cuando existan circunstancias objetivamente imprevistas y no mera imprevisiones del proyecto”, Consejo de Estado, Dictamen 39578/1975, de 22 de mayo.

*concesión se registrará por lo dispuesto en el artículo 258. 3. Las modificaciones que, por sus características físicas y económicas, permitan su explotación independiente serán objeto de nueva licitación para su construcción y explotación.*

Otra de las potestades atribuidas en virtud del artículo 251 al órgano de contratación es acordar, previa audiencia del concesionario, el secuestro de la concesión cuando se de alguna de las siguientes circunstancias:

- El concesionario no pueda hacer frente, temporalmente y con grave daño social, a la explotación de la obra pública por causas ajenas al mismo o incurriese en un incumplimiento grave de sus obligaciones que pusiera en peligro dicha explotación. El acuerdo del órgano de contratación será notificado al concesionario y si éste, dentro del plazo que se le hubiera fijado, no corrigiera la deficiencia se ejecutará el secuestro.
- En los demás supuestos contemplados en el presente TRLCSP.

Concluido el secuestro, el órgano de contratación asumirá la explotación directa de la obra con la percepción de la correspondiente contraprestación establecida. Asimismo, procederá al nombramiento de uno o varios inventores para la sustitución plena o parcial del personal directivo de la empresa concesionaria.

Señalar que la explotación de la obra pública objeto de secuestro se efectuará por cuenta y riesgo del concesionario, a quien se devolverá, al finalizar aquél, con el saldo que resulte después de satisfacer todos los gastos, incluidos los honorarios de los interventores, y deducir, en su caso la cuantía de las penalidades impuestas.

Por último, dicho secuestro tendrá carácter temporal y su duración será la que determine el órgano de contratación sin que pueda exceder, incluidas las posibles prórrogas, de tres años.

Podrá acordarse el cese del secuestro de oficio o a instancia del concesionario cuando hayan desaparecido las causas que desembocaron en el mismo y se acredite razonadamente por parte del concesionario su capacidad para continuar con la explotación normal de la obra.

Transcurrido el plazo acordado por el órgano de contratación y sin petición del concesionario para asumir en condiciones reales de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, aquél procederá a la resolución del contrato.

### ***2.3.3 Régimen económico-financiero de la concesión.***

En el contrato de concesión de obra pública existen distintas modalidades de financiación de la construcción y explotación de la obra objeto de concesión (art. 253) y cuyas notas configuradoras son las que a continuación se exponen:

- Financiación total o parcial por el concesionario, asumiendo en todo caso el riesgo de la inversión efectuada.
- Aportación de recursos públicos por parte de la Administración cuando existan razones de rentabilidad económica o social, o concurren singulares exigencias derivadas del fin público o interés general de la obra objeto de concesión, dándose, en consecuencia una financiación conjunta.
- 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.

Cuando con base en lo establecido en apartado segundo del artículo 253<sup>47</sup>, consistente en la aportación de recursos públicos para la financiación de la obra se habrá de respetar en todo momento el principio de asunción de riesgo por el concesionario. Las diferentes aportaciones públicas susceptibles de llevar a cabo y, sin perjuicio de optar por otra fórmula financiera de colaboración público-privada, son las siguientes:

- Mediante subvenciones.

---

<sup>47</sup> De nuevo la determinación de la concurrencia de razones de rentabilidad económica como de interés general a las que alude el TRLCSP quedan reservadas a la discrecionalidad de la Administración así como el porcentaje con el que contribuye en tales casos ante la insuficiencia de concreción.

- Mediante préstamos reintegrables, con o sin interés.

Estas ayudas públicas pueden ir destinadas a financiar parte de la de la construcción de la obra o dirigidas a la explotación de la misma (artículo 254). También, se contempla la posibilidad de colaborar mediante aportaciones no dinerarias, que en el caso de entrega de inmuebles, éstos quedarán sujetos al patrimonio de la concesión y destinados al uso previsto en el proyecto de la obra, debiéndose revertir a la Administración al término de la concesión.

El concesionario puede ser retribuido directamente por el precio que paguen lo usuarios o Administración por la utilización de la obra de acuerdo con lo estipulado en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Esta retribución constituye el régimen general para este tipo de contrato (art. 255).

Si el abono de estas tarifas resultare insuficiente para amortizar la inversión realizada, se deberá acompañar de otros mecanismos de financiación previstos expresamente, ya sea mediante la explotación de zonas comerciales, aportaciones de la Administración entre otras.

La fijación del importe de las tarifas que deben abonar los usuarios es competencia del órgano de contratación reflejada en el acuerdo de adjudicación. Las tarifas fijadas tendrán el carácter de máxima, pudiendo el concesionario aplicar importes inferiores cuando así convenga.

El procedimiento para la revisión de las tarifas será el que se determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Así, conforme al artículo 131.1.c).4º, *“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 máximo que se consideren en la oferta”*.

La retribución a percibir a favor del concesionario podrá ser abonada por la Administración en función de la utilización de la obra así como atendiendo a la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Además, los ingresos procedentes de la explotación de la zona comercial, en caso de existir, afectas a la concesión, constituyen otra modalidad de retribución según lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

De conformidad con el artículo 256 del TRLCSP *“las Administraciones Públicas podrán otorgar al concesionario las siguientes aportaciones a fin de garantizar la viabilidad económica de la explotación de la obra:*

- Subvenciones, 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.
- Ayudas en los casos excepcionales en que, por razones de interés público, resulte aconsejable la promoción de la utilización de la obra pública antes de que su explotación alcance el umbral mínimo de rentabilidad.

Tal como prescribe el artículo 258 del TRLCSP *“El contrato de concesión de obras públicas 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, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente”.*

La Administración está obligada a restablecer el equilibrio económico cuando se den alguna de las siguientes circunstancias:

a) Modificación de las condiciones de explotación de obra cuando así lo justifique el interés público.

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 231.

c) Cuando concurren los supuestos contemplados en el propio contrato para su revisión, de acuerdo con lo previsto en el apartado 4.º de la letra c), y en la letra d) del artículo 131.1.

En este último supuesto, para el restablecimiento del equilibrio económico se adoptarán las medidas pertinentes en cada caso. Tales medidas podrán consistir en:

- Modificación de tarifas, reducción del plazo que dura la concesión o cualquier modificación que tenga incidencia en el régimen económico previsto en el pliego de cláusulas.
- En los casos previstos en el apartado 2.b), y siempre que la retribución del concesionario proviniere en más de un 50 por ciento de tarifas abonadas por los usuarios, se podrá acordar la prórroga de la concesión por un periodo no superior al 15 por ciento de su duración inicial.
- 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.

## **2.4 Extinción.**

### ***2.4.1 Extinción de las concesiones.***

Las concesiones de obra pública se extinguen por cumplimiento o por resolución conforme a lo dispuesto en el artículo 266 del TRLCSP.

En el primer supuesto, la concesión de obras públicas se extingue por *cumplimiento* cuando transcurre el plazo inicialmente establecido o del que resulte de las prórrogas adoptadas conforme al artículo 258.3 o reducciones acordadas. Transcurridos tales plazos, se extinguen los contratos vinculados a la concesión y a la explotación de sus zonas comerciales. Encontramos distintos plazos en función de la tipología de las obras objeto de concesión:

a) Concesiones de construcción y explotación de obras públicas. Se otorgan por el plazo que disponga el pliego de cláusulas administrativas particulares, que no puede exceder de cuarenta años.

b) Concesiones relativa se regirán, en cuanto a su duración, s a obras hidráulicas por el artículo 134.1.a) del texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.

La *resolución* del contrato, consiste en una extinción anticipada al vencimiento del contrato, siendo las causas que justifican tal resolución las comprendidas en el artículo 269 del TRLCSP:

- La muerte o incapacidad sobrevenida del concesionario individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad concesionaria.
- La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.
- La ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados para ello en los casos en que así procediera, de acuerdo con lo establecido en la Ley.
- El mutuo acuerdo entre el concedente y el concesionario.
- El secuestro de la concesión por un plazo superior al establecido como máximo sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones.
- La demora superior a seis meses por parte del órgano de contratación en la entrega al concesionario de la contraprestación, de los terrenos o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.
- El rescate de la explotación de la obra pública por el órgano de contratación. Se entenderá por rescate la declaración unilateral del órgano contratante, discrecionalmente adoptada, por la que dé por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular.

- La supresión de la explotación de la obra pública por razones de interés público.
- La imposibilidad de la explotación de la obra pública como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración concedente con posterioridad al contrato.
- El abandono, la renuncia unilateral, así como el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales.
- Cualesquiera otras causas expresamente contempladas en ésta u otra Ley o en el contrato.

En los supuestos del artículo 269, la Administración abonará al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión. Al efecto, se tendrá en cuenta su grado de amortización en función del tiempo que restara para el término de la concesión y lo establecido en el plan económico-financiero. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de seis meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares (Art 271.1 del TRLCSP).

Cuando la resolución del contrato se deba a causa imputable al concesionario *“le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada”* como prescribe el artículo 271.4 del TRLCSP.

En los supuestos de resolución por mutuo acuerdo *“los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado entre ellas”* (art. 274.6).

### **3. CONSIDERACIONES.**

#### **3.1 Especial relevancia de la forma de financiación: colaboración público-privada.**

Abordamos este aspecto de forma singularizada debido a la destacada relevancia que la fórmula financiera de colaboración público privada y únicamente privada presenta el contrato de concesión de obra pública. Cooperación desarrollada en <<*Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*>>, aprobado por la Comisión el 30 de abril de 2004.

Como anteriormente se ha expuesto, la financiación de una concesión de obra pública, no simplemente puede consistir en sufragar los gastos derivados de las distintas prestaciones, sino que la Administración pública, puede, tal como recogen el artículo 253<sup>48</sup>, cooperar en dicha financiación a través de distintos cauces.

Entre las manifestaciones de tal colaboración público-privada encontramos las detalladas en el artículo 253 del TRLCSP:

- Financiación conjunta cuando medien razones de rentabilidad económica o social, a través de la aportación de recursos públicos, que adoptarán la forma de subvenciones o préstamos reintegrables (ejemplos, préstamos participativos).
- Mediante la realización de aportaciones procedentes de otras Administraciones Públicas (distintas de la concedente), así como la financiación de fondos con origen en organismos nacionales o internacionales.

No obstante, y rescatando el espíritu de interés que persigue esta modalidad contractual, que se puso de manifiesto con la entrada en vigor de la LRCCOP de 2003

---

<sup>48</sup> “1. Las Administraciones Públicas podrán contribuir a la financiación de la obra mediante aportaciones que serán realizadas durante la fase de ejecución de las obras, tal como dispone el artículo 240 de esta Ley, una vez concluidas éstas o al término de la concesión, y cuyo importe será fijado en los pliegos de condiciones correspondientes o por los licitadores en sus ofertas cuando así se establezca en dichos pliegos. En los dos últimos supuestos, resultará de aplicación la normativa sobre contratos de obra bajo la modalidad de abono total, salvo en la posibilidad de fraccionar el abono. 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”.

destinada a la captación de capitales privados, al posibilitar que fuera la propia iniciativa privada la que promoviera la creación de una nueva infraestructura y posterior adjudicación de un contrato de concesión de obra pública a partir de la presentación a la Administración competente del correspondiente estudio de viabilidad, nos detendremos en analizar las variadas modalidades de financiación privada que contempla el TRLCSP, por el cual se deroga las disposiciones relativas a la financiación privada contenidas en el TRLCAP de 2000 (artículos 253 a 259).

De manera que, conforme a lo estipulado en el artículos 253 a 265 encontramos diferentes vías a través de las cuales el contratista puede proceder a la captación de capital privado.

### ***3.1.1 La hipoteca de la concesión de obra pública.***

La primera Ley Hipotecaria (que se remonta al año 1861) ya contemplaba la hipoteca de concesión de obra pública, en concreto en el artículo 107 se refería a la hipoteca de concesiones de canales y ferroviarias. Las concesiones administrativas de obra pública son expresamente calificadas como bienes inmuebles por el art. 334.10 del Código Civil de 1889. Pues bien, partiendo de estas premisas jurídicas, cabe garantizar una deuda constituyendo una hipoteca sobre la concesión de obra pública. Por lo demás, de conformidad con lo establecido en el art. 97.1 de la Ley 33/2003<sup>49</sup>, de 3 de noviembre:

*El titular de una concesión dispone de un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido para el ejercicio de la actividad autorizada por el título de la concesión. 2. Este título otorga a su titular, durante el plazo de validez de la concesión y dentro de los límites establecidos en la presente sección de esta ley, los derechos y obligaciones del propietario.*

Hay límites normativos respecto a las deudas que se pueden garantizar mediante la hipoteca de la concesión, pues el art. 261.1 del TRLSCP establece “no se admitirá la

---

<sup>49</sup> Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas 33/2003, de 3 de noviembre, BOE núm. 264, de 4 de Noviembre. En adelante LPAP.

*hipoteca de concesiones de obras públicas en garantía de deudas que no guarden relación con la concesión correspondiente”.*

Para la válida constitución de la hipoteca de la concesión, además del cumplimiento de los requisitos y formalidades exigidos por la legislación hipotecaria, se exige previa autorización administrativa por el órgano de contratación de la obra objeto de concesión *ex art. 261.1*, con la particularidad de que si *“en la escritura de constitución de la hipoteca no constase esta autorización, el registrador de la propiedad denegara la inscripción<sup>50</sup>”* (art. 98.2 de la LPAP<sup>51</sup>).

El órgano de contratación deberá pronunciarse en el plazo de un mes para el efectivo otorgamiento o denegación de la autorización, aplicándose el silencio negativo en caso de no resolver en forma expresa y notificar. Dicha autorización, se extiende al proceso de ejecución hipotecaria debido a su preceptivo requerimiento para poder concurrir bien como postor, bien para ser próximo adjudicatario de la concesión o para poder subrogarse en la posición contractual del concesionario de obra pública por parte del adjudicatario resultante del procedimiento de ejecución hipotecaria (art. 263 TRLCSP).

Por cuanto concierne al acreedor hipotecario, cabe destacar su peculiar estatuto jurídico, pues se le reconoce el derecho de supervisión sobre la buena marcha de la gestión de la obra pública, la denominada <<acción de devastación>>, contemplada en el art. 117 de la Ley Hipotecaria.

En el concreto caso de la concesión de obra pública, el TRLCSP recoge una <<acción de devastación administrativa>>, es decir, esos derechos de supervisión permiten al acreedor hipotecario solicitar a la Administración pública imponer al concesionario obligaciones e incluso subrogarse en la explotación de la obra competencia del concesionario, tal como se recoge expresamente el apartado segundo del art. 262 *“cuando procediera la resolución de la concesión por incumplimiento de alguna de las obligaciones del concesionario, la Administración, antes de resolver, dará audiencia al acreedor hipotecario por si éste ofreciera subrogarse en su cumplimiento y la Administración considerara compatible tal ofrecimiento con el buen fin de la concesión”*.

---

<sup>50</sup> DAVID BLANQUER CRIADO, *Los Contratos del Sector Público cit.* pp.728 a 729.

### ***3.1.2 Emisión de títulos por el concesionario mediante obligaciones, bonos y otros títulos similares.***

El titular de una concesión de obra pública puede acudir al mercado de capitales para la captación de créditos mediante la emisión de toda clase de obligaciones, bonos, warrants, cédulas u otros títulos que tengan encaje en nuestro Derecho. Esta emisión de deuda está condicionada pues el reembolso no puede extenderse en el tiempo una vez que se extinga la concesión de obra pública tal como reza el art. 259 TRLCSP.

Un aspecto relevante y que difiere con lo que sucede para el supuesto de constitución de una hipoteca, es que únicamente se ha de poner en conocimiento del órgano de contratación la emisión de deuda efectuada con el plazo máximo de un mes desde que se llevó a cabo. En este sentido hablamos de una mera comunicación recogida en el precepto 259.4 del TRLCSP.

Una de las novedades que incorpora el TRLCSP de noviembre de 2011 y que incide en materia de emisión de obligaciones es que el importe de emisión puede ser superior al registrado en el capital social junto con las reservas (art. 259.6) siempre que se cumplan las formalidades que exige la CNMV<sup>52</sup>. Anteriormente no podía ser superior al capital social desembolsado mas las reservas constituidas.

### ***3.1.3 Emisión de títulos por el concesionario mediante incorporación a títulos negociables de sus derechos de crédito.***

De conformidad con lo dispuesto en el art. 260 del TRLS “*podrán emitirse valores que representen una participación en uno o varios de los derechos de crédito a favor del concesionario consistentes en el derecho al cobro de las tarifas, los ingresos que pueda obtener por la explotación de los elementos comerciales relacionados con la*

---

<sup>52</sup> Comisión Nacional del Mercado de Valores.

*concesión, así como los que correspondan a las aportaciones que, en su caso, deba realizar la Administración”.*

Respecto a la cesión de estos derechos *“se formalizará en escritura pública que, en el supuesto de cesión de las aportaciones a efectuar por la Administración, se deberá notificar al órgano contratante y ello sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo quinto de este apartado”.*

Los títulos se garantizan mediante la cesión de los créditos al << Fondo de Titulización>>, entidad especializada, que confieren a su legítimo poseedor, el derecho de cobro de aquellas retribuciones que, en su origen, correspondía al titular de la concesión.

Adicionalmente, el art. 260 enumera de manera singular aquellos derechos de créditos incorporados a un título valor susceptibles de ser cedidos a terceros, pudiendo decir que se trata de un <<*numerus clausus*>> que son los siguientes:

- El cobro de tarifas.
- Ingresos obtenidos por la explotación de las zonas comerciales.
- Los ingresos abonados por la Administración Pública fruto de sus aportaciones. (Se<sup>53</sup> suscita la duda de si únicamente las otorgadas por la Administración que adjudica el contrato, o si también es extensible a otras ayudas como las comunitarias del Fondo de Cohesión o del FEDER<sup>54</sup>).

La emisión de este tipo de títulos está sujeta a la previa autorización administrativa por parte del órgano de contratación. La Administración podrá resolver denegando la preceptiva autorización cuando así lo justifiquen razones de interés público o el buen fin de la concesión (art.260.1 TRLCSP). Si en el plazo de un mes la Administración no ha resuelto de forma expresa, al igual que para el caso de la hipoteca, se presumirá su denegación por aplicación del silencio negativo como dispone el art. 260.6 del TRLCSP.

Al <<Fondo de Titulización>>, normalmente designado como representante de todos los tenedores de derechos de crédito, se le reconoce la misma acción de

---

<sup>53</sup> DAVID BLANQUER CRIADO, *Los Contratos del Sector Público cit.* p.732

<sup>54</sup> Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

devastación prevista para el acreedor hipotecario y las consiguientes facultades de supervisión de la explotación de la obra (art. 260).

### ***3.1.4 Los créditos y préstamos participativos.***

Para el caso de los contratos de concesión de obra pública, nuestro ordenamiento jurídico prevé que las construcciones y gestión de la obra puedan ser soportadas financieramente mediante el otorgamiento de créditos o préstamos participativos, siendo el acreedor partícipe del riesgo y ventura inherente a esta modalidad contractual. Por lo general, la asunción de ese riesgo compartido con el concesionario-deudor es llevada a cabo por Sociedades de Capital-Riesgo. Los principales rasgos que con carácter general caracterizan esta fórmula financiera empresarial son los siguientes:

- Cabe pactar un interés fijo, pero la remuneración financiera del acreedor es en alguna medida variable, porque está vinculada a los beneficios que obtenga el concesionario-deudor.
- Se dificulta o se imposibilita la cancelación anticipada del préstamo o crédito.
- Los recursos económicos percibidos por el deudor tienen la consideración de fondos propios a efectos contables.
- Son deudas subordinadas a efectos de prelación de créditos en vía concursal.

Pueden concurrir en calidad de prestamista en participación una Administración Pública con la peculiaridad de que *“salvo estipulación expresa en contrario, el concesionario no podrá amortizar anticipadamente el capital prestado”* (art. 265.3).

La suscripción de este tipo de créditos participativos está sujeto a un régimen de comunicación dándose traslado de su obtención al órgano de contratación en el plazo máximo de un mes desde el momento en que se asumen (art.265.4).

## **3.2 Figuras contractuales próximas al contrato de concesión de obra pública:**

### 3.2.1 Contrato de obra pública. Principales diferencias.

Es preciso distinguir el contrato de concesión de obra pública de otros institutos jurídicos similares, como son, en particular, el contrato de obra y las concesiones para la prestación de servicios públicos.

En relación con el contrato de obras, cabe destacar las siguientes peculiaridades del contrato de concesión:

- El derecho de explotación permite al concesionario cobrar del usuario de las obras, durante un período largo de tiempo (por tanto, la duración de la concesión es un elemento importante en este tipo de contratos).

El derecho a la explotación implica una transferencia de responsabilidad de explotación (en relación con los aspectos técnicos y de gestión de obras). De lo contrario, *“si los poderes públicos asumen las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando, por ejemplo, el reembolso de la financiación, faltaría el elemento de riesgo. En este caso, la Comisión considera que se trata de un contrato público de obras y no de una concesión<sup>55</sup>”*.

No obstante, hay que tener en cuenta que el derecho español ha configurado un modo concesional en el que el riesgo asumido por el concesionario se mitiga, al estar en función de la inversión realizada. Además, se admite que los riesgos de explotación sean compartidos con la Administración.

- En el contrato de obras, el coste corre a cargo, fundamentalmente, de la Administración. No obstante, se permite que en el contrato de concesión de obra pública haya una parte abonada por Administración siempre que eso no elimine el riesgo del concesionario.
- Lo determinantes es la existencia de riesgo en la concesión.

---

<sup>55</sup> Comunicación Interpretativa 2000/C 121/02.

- El contrato de concesión de obra pública presenta un mayor catálogo de prestaciones ya que su presupuesto objetivo no se ciñe únicamente a la construcción y explotación sino que pueden llevarse a cabo cualquier de las actividades recogidas en el art. 7.2 TRLCSP. Por su parte, en el contrato de obra su objeto viene definido por la construcción de una infraestructura.

Tales diferencias se encuentran recogidas en la Comunicación interpretativa de la Comisión 2000/C 101/02 sobre concesión de obra pública.

### ***3.2.1 Contrato de gestión de servicios públicos.***

Por otra parte, no hay que confundir las concesiones de obras públicas con las concesiones para la gestión de servicios públicos, si bien es cierto que la diferencia entre ambas categorías no siempre resulta clara. La concesión de obra pública incluye las obras necesarias para la prestación de un servicio público (como ocurre en el caso del transporte y autopistas) pero no lleva implícita la prestación misma de un servicio público, pues lo importante es la infraestructura que se pague una tarifa por su explotación y no la actividad de servicio público.

Es por tanto, esencial el derecho a retribución por explotación de la obra, ya pague el usuario (todo o parte), ya la Administración (en los casos de peaje en sombra).

Si bien, al contemplarse como susceptibles de ejecutarse en régimen de concesión administrativa no solo las obras que tiene por objeto la prestación de un servicio público (de naturaleza económica), sino también aquellas necesarias para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés público o general, se amplía la noción de obra pública a los efectos de de la LCSP ( se mantienen idéntico en el TRLCSP) y se delimita tal concepto en atención a criterios distintos de la titularidad de la obra –titularidad pública-, incluyendo supuestos reconocidos por el vigente

ordenamiento jurídico, de obras e infraestructuras que, por la liberalización de la que han sido objeto, son de titularidad privada, aunque de interés general o público<sup>56</sup>.

#### 4. CONCLUSIÓN.

Como cláusula de cierre de este trabajo se han de señalar las ventajas normativas que el progresivo tratamiento jurídico experimentado en el contrato de concesión de obra pública, desde su aparición con la aprobación de la Instrucción de 10 de Octubre de 1845, atravesando diferentes episodios normativos, para finalmente, consolidarse en el presente Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de Noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público nos permite corroborar que se trata de un instituto jurídico independiente con su específica regulación y que, pese a compartir visos con atrás modalidades contractuales administrativas en una primera aproximación, se han demostrado sus principales singularidades despejando cualquier género de duda en cuanto a su calificación jurídica.

Otros de los aspectos que reclaman ser destacados es, en primer término, la posibilidad de articular este tipo de negocio jurídico mediante distintos procedimientos administrativos, entre ellos se encuentran el procedimiento abierto, restringido, diálogo competitivo, o eventualmente, acudiendo al procedimiento negociado siempre que se reúnan las condiciones que debidamente se han desarrollado.

A colación con el procedimiento que ha de regir este tipo de contrato, éste difiere mucho del resto de modalidades contractuales debido al particular objeto que motiva la celebración del contrato de concesión de obra pública ya que, además de ser mermada o matizada la voluntad de disposición del concesionario (art.25.1 TRLCSP) se suma una gran cantidad de documentación a aportar, en ocasiones complejas de elaborar cuyos defectos pueden traducirse en una responsabilidad del titular de la concesión que en su momento presentó el oportuno *proyecto de obra*. Es decir, son rasgos que implican un mayor riesgo a la de formalizar y ejecutar un contrato de concesión de obra pública.

---

<sup>56</sup> FRANCIS LEFEBVRE, *Memento Práctico*, p.741.

No obstante y, siendo cierto lo anterior, se ha subrayar la inclinación, con origen en la Ley 13/2003, Reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública, para incentivar la participación de particulares, admitiendo la iniciativa privada en orden a proceder a perfeccionar un contrato de concesión de obra pública, pudiendo el futuro concesionario presentar un estudio de viabilidad, así como, la participación o exclusiva elaboración del proyecto de obra, con posterior supervisión por parte del órgano de contratación, el cual no sólo se reduce a la construcción y explotación de la infraestructura sino que el particular puede presentar un diseño determinado de la misma lo que se traducirá en un mayor porcentaje de calidad en la futura prestación de servicios encomendada a la obra pública.

Por cuanto concierne a las condiciones que configuran el marco en el que discurre esta figura contractual, siendo aquéllas inherentes al mismo, hay que denunciar o advertir la envergadura, a nivel de riesgo, que supone la ejecución y explotación de la obra bajo el régimen concesional por cuenta y ventura del concesionario íntegramente o en su mayoría. En este punto y, como aliciente para una mayor acogida por parte del sector privado convendría definir detalladamente qué riesgos son propios del particular, titular de la concesión, qué riesgo ha de asumir la propia Administración concedente y cuáles se han de asumir de forma conjunta. Puesto que, esta simple pero complicada aclaración, revertiría positivamente en el funcionamiento del contrato.

Para finalizar, debemos valorar positivamente la participación de caudales privados en la financiación de las obras objeto de concesión, facultando el legislador optar entre diversas fórmulas financieras de colaboración público-privada, lo que se traduce en importantes ventajas. Por un lado, se permite desligar la financiación íntegra de las obras que constituyen el objeto de la concesión de los Presupuestos Generales permitiendo una contención del déficit público, básico para garantizar una situación de estabilidad macroeconómica a la vez que se cumplen las exigencias ordenadas por Instituciones supranacionales y no se priva a las Administraciones Públicas de continuar emprendido programas de mejora de los establecimientos sujetos a la prestación de servicios vinculados al interés general.

Por otro lado, la intervención del sector privado en la financiación de las diversas prestaciones que definen este tipo de contrato posibilita mantener activo el flujo económico al estimularse la inversión, pudiendo obtenerse tal financiación en el mercado de capitales a través de diferentes negocios jurídicos (emisión de obligaciones, bonos, créditos participativos) o bien, mediante la hipoteca de la concesión de obra pública. Además, esta participación de capital privado supone un doble análisis del régimen económico-financiero de la concesión, asumiendo éstos labores de *due diligence*.

## BIBLIOGRAFÍA Y NORMATIVA CONSULTADA

A.MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *El Proyecto de Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Revista de Obras Públicas/Extraordinario, Octubre 2002/Nº 3.425.

A.B.CASARES MARCOS, *La iniciativa privada en el diseño, proyección, ejecución y explotación de infraestructuras. Problemas y perspectivas*, en CEFLEGAL, nº 43-44, agosto-septiembre 2004.

Colabora Consejería de Obras Públicas y Transporte Junta de Andalucía, *Reflexiones sobre el Contrato de Concesión de Obra Pública*.

DAVID BLANQUER CRIADO, *Los Contratos del Sector Público*.

El resurgir jurídico de la concesión de obra pública a iniciativa del particular, *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*; www.refdugr.com, fecha de publicación: 1 de junio de 2007.

FRANCIS LEFEBVRE, *Memento Práctico*.

*Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*, www.caf.com/publicaciones.

JESÚS COLÁS TENA, *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*.

M. MARTÍNEZ-ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración española*.

P. RODRÍGUEZ LÓPEZ, << *Los Contratos del Sector Público*>>; Edisofer S.L. Libros Jurídicos.

VILLAR ROJAS F.J. “*La concesión de obra pública como nueva fórmula de gestión de los servicios sanitarios*”, ponencia impartida en el XIV Congreso Derecho y Salud, organizado por la Asociación Juristas de la Salud, celebrado en Zaragoza, del 23 al 25 de noviembre de 2005.

Real Decreto Legislativo de 1845, de 10 de Octubre.

Ley General de Obras Públicas de 13 de Abril de 1877.

Ley de Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión, 8/1972 de 10 de Mayo, BOE núm. 113, de 11 de Mayo.

Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, 13/1995, de 18 de Mayo, BOE núm. 119, de 19 de Mayo. En adelante, LCAP.

Real Decreto Legislativo 2/200, de 16 de Junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, BOE núm. 148, de 21 de Junio.

Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, 13/1996, de 30 de Diciembre, BOE núm. 315, de 31 de Diciembre.

Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de Julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, BOE núm. 176, de 24 de Julio.

Ley General de Estabilidad Presupuestaria, 18/2001, de 12 de diciembre, BOE núm. 298, de 13 de Diciembre.

Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas 13/2003, de 23 de Mayo, BOE núm. 124, de 24 de Mayo de 2003.

Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas 33/2003, de 3 de noviembre, BOE núm. 264, de 4 de Noviembre.

Ley de Contratos del Sector Público, 30/2007, de 30 de Octubre, BOE núm. 261, de 31 de Octubre.

Ley de Economía Sostenible, 2/2011, de 4 de Marzo, BOE núm. 55, de 5 de Marzo.

Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de Noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, BOE núm. 276, de 16 de Noviembre.

Comunicación Interpretativa de la Comisión 2000/C 121/02, de 24 de abril.

Directiva comunitaria 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993.

Directiva 2004/18/CE, 31 de marzo, *sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios.*

Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública.

*Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*>>, aprobado por la Comisión el 30 de abril de 2004.

Consejo de Estado, Dictamen 39578/1975, de 22 de Mayo de 1975.

Consejo de Estado, Dictamen número 43909/1981, de 22 de Diciembre de 1981.

Consejo de Estado, Dictamen 55472/1991, 14 de Marzo de 1991.

Consejo de Estado, Dictamen 4302/1997, 13 de Noviembre de 1997.

Consejo de Estado, Dictamen 4464/1998, 22 de Diciembre de 1998.

Consejo de Estado, Dictamen 3344/2002, aprobado el 13 de Marzo de 2003.

Informe 61/03, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

Informe 70/2004, 11 de marzo de 2004, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Informe 65/1996, 20 de Marzo de 1997 Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Tribunal Superior de Justicia de Asturias núm. 117/2001, de 19 de Febrero.

