

Acerca de las obras públicas: su ejecución y financiación. Perspectivas actuales

Patricia Valcárcel Fernández
Doctora en Derecho
Universidad San Pablo-Ceu

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NOTAS SOBRE EL OBJETO DE LA FINANCIACIÓN: CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA OBRA PÚBLICA.—III. MOTIVOS CONDUCENTES A LA POTENCIACIÓN DEL ESTABLECIMIENTO DE TÉCNICAS DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL PRIVADO PARA FINANCIAR OBRAS PÚBLICAS.—IV. INCARDINACIÓN DE ALGUNAS DE LAS MEDIDAS RECIENTEMENTE INTRODUCIDAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO EN EL SENO DE LAS ALTERNATIVAS CON LAS QUE CUENTAN LAS ADMINISTRACIONES PARA REALIZAR LAS OBRAS PÚBLICAS: 1. *Planteamiento general.* 2. *Ejecución directa de obras públicas. Algunas puntualizaciones acerca de la creación de entes instrumentales para tal cometido.* 3. *La contratación pública como reducto natural para canalizar la financiación privada de obras públicas.*—V. EL PROYECTO DE LEY REGULADORA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS.—VI. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

La implicación del sector privado en la provisión de obras públicas no es, en absoluto, nueva. No obstante, y debido a diversas razones de las que daremos a continuación breve cuenta, sí se puede hablar actualmente de un incesante esfuerzo por consolidar sobre mecanismos e instituciones jurídicas de muy rancio abolengo, principalmente sobre el instituto de la concesión administrativa, una mayor imbricación de las fuerzas privadas en la realización de lo que en terminología económica se conoce como una parte del «capital fijo social». Esto es, se busca que el sector privado asuma con respecto a los proyectos en que participa los riesgos que en su materialización puedan acaecer.

Esta pretensión se enuncia bajo la rúbrica de «financiación privada de obras públicas». Mas al referirnos a ella no puede obviarse una puntualización capital que evitará confusiones de partida. En efecto, hoy por hoy, al hablar de

financiación privada de infraestructuras públicas, no debemos hacer referencia a mecanismos de financiación de la deuda pública por parte del sector privado, tal y como tradicionalmente se venía entendiendo, sino a una verdadera co-responsabilidad público-privada en la asignación de los riesgos que lleguen a concretarse; esto es, se entiende por tal aquella que no descansa o no grava los presupuestos generales con los que cuentan las Administraciones Públicas para acometer sus responsabilidades.

Con el presente trabajo pretendemos esbozar cuáles son y en qué consisten algunas de las técnicas a las que se está recurriendo en las sociedades más avanzadas a la hora de afrontar por las Administraciones Públicas uno de los fines más paradigmáticos que justifican su razón de ser¹, cometido que abordaremos desde el análisis de algunas de las potencialidades que ofrece el Derecho español.

II. NOTAS SOBRE EL OBJETO DE LA FINANCIACIÓN: CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA OBRA PÚBLICA

La primera cuestión que debemos tratar en este estudio se circunscribe a la conceptualización y caracterización de una de las figuras de más solera en el seno del Derecho público: la obra pública². Y ello porque, a pesar de que como acabamos de manifestar es una de las categorías que se puede decir más conspicuas de nuestra disciplina, no ha recibido una atención independiente o en sí misma considerada, cuando menos entre la doctrina española, como otras, habiéndose enfocado la mayor parte de las ocasiones su análisis al socaire de otras materias típicamente administrativas, especialmente de la contractual³. Por ello, estimamos que resulta apropiado comenzar esta disertación reivindicando su autonomía y reflexionando, siquiera someramente, acerca de los postulados sobre los que se asienta, toda vez que, además, y fruto quizás de lo antedicho, no se ha subrayado convenientemente el amplio espectro de realidades tan dispares susceptibles de integrarse en este que podemos considerar, y avanzamos ideas, «macroconcepto». Hecho que, inevitablemente, influye en que no todas las realidades susceptibles de integrarse en la noción «obra pública» consigan despertar

¹ Recordemos, con el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, que en el Derecho español hay una expresión tradicional que caracteriza la acción típica que la Administración Pública realiza en cuanto tal: la expresión «obras y servicios públicos», y que abarcaría toda actividad socialmente necesaria pero que los particulares no pueden realizar por sí solos, en tanto que particulares. *Vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I, E. Civitas Madrid. 1997, 8.ª edición, pág. 52.

² El punto de partida a la hora de enfocar el estudio que se presenta, es claro, lo constituyen los albores del Derecho administrativo; esto es, el momento que tradicionalmente se viene considerando como acta de nacimiento de esta rama del derecho como disciplina autónoma: La época de la Revolución Francesa. *Vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*. Ed. Taurus. Madrid. 1986.

³ No olvidemos que hasta hace bien poco tiempo, exactamente hasta la promulgación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, el contrato de obra pública ocupaba el centro neurálgico de la contratación administrativa en nuestro orbe jurídico público.

idéntico interés entre los particulares a la hora de embarcarse en la colaboración con los poderes públicos en su ejecución y financiación.

La definición de lo que haya de entenderse por obra pública se encuentra en el artículo 1.º de la todavía vigente, en lo que no se oponga al ordenamiento jurídico actual, Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877⁴, cuyo tenor literal expresa que: «*Para los efectos de esta Ley, se entiende por obras públicas las que sean de general uso y aprovechamiento, y las construcciones destinadas a servicios que se hallen a cargo del Estado, de las provincias y de los pueblos*». Dispone el precepto, acto seguido, en un segundo párrafo, un elenco que ha de considerarse *numerus apertus*, de lo que se engloba en dicha definición, al señalar que: «*Pertencen al primer grupo: los caminos, así ordinarios como de hierro, los puertos, los faros, los grandes canales de riego, los de navegación y los trabajos relativos al régimen, aprovechamiento y policía de las aguas, encauzamiento de los ríos, desecación de lagunas y pantanos y saneamiento de terrenos. Y al segundo grupo: los edificios públicos destinados a servicios que dependan del Ministerio de Fomento*». Pues bien:

a) La primera de las conclusiones extraíbles del contenido transcrito atiende al *objeto* en que puede consistir una obra pública. Se deduce que toda obra pública consiste en la realización de una *actividad*⁵ que, acometida por el ser humano, dará lugar a un *resultado*⁶ específico en razón del objetivo que la oriente. Este dato nos pone sobre una pista indiscutible y en modo alguno inocua cual es que ontológicamente o desde el punto de vista del objeto no existe diferencia alguna entre una obra pública y una obra privada⁷. En consecuencia, la consideración de una obra como pública, para lo que al Derecho importa, vendrá determinada, y así se nos transmite también en la disposición referida, por el hecho de que la provisión de esa realidad quede a cargo de los poderes públicos, aspecto éste que habrá de concretar en cada momento el sistema normativo.

⁴ Sobre la misma, *vid.* S. ROSADO PACHECO, «La Ley General de obras públicas de 13 de abril de 1877. (Una reflexión sobre el concepto de obra pública)», en el *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*. Ed. Civitas. Madrid. 1989, págs.1139-1181; T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Las obras públicas», *R.A.P. N.º* 100-102. Vol. III. 1983, págs. 2427-2469.

⁵ En el artículo 120 del T.R.L.C.A.P., al hilo de explicar en qué puede consistir un contrato de obras se apunta la vertiente dinámica desde la que enfocar la obra pública al concretar que puede versar sobre: «*A los efectos de esta Ley se entiende por contrato de obras el celebrado por la Administración y un empresario cuyo objeto sea: a) La construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble tales como carreteras, ferrocarriles, puertos, canales, presas, edificios, fortificaciones, aeropuertos, bases navales, defensa del litoral y señalización marítima, monumentos, instalaciones varias, así como cualquier otra análoga de ingeniería civil. b) La realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo como dragados, sondeos, prospecciones, inyecciones, corrección del impacto medioambiental, regeneración de playas, actuaciones urbanísticas u otros análogos. c) La reforma, reparación, conservación o demolición de los definidos en las letras anteriores.*».

⁶ El mismo artículo 1 de la L.G.O.P. aborda la obra pública desde esta perspectiva al proponer como ejemplo de ellas, en su segundo párrafo, resultados a los que dieron lugar la ejecución de actividades.

⁷ En este sentido, la primera acepción general del término «obra» acogida por el *Diccionario de la R.A.L.E.* lo conceptualiza concibiéndolo como cualquier «*cosa hecha o producida por un agente*». Partiendo de esta premisa contiene entre las voces relacionadas con las manifestaciones de la misma, la específica de «obra pública», por la que entiende «*la que es de interés general y se destina a uso público, como un camino, puerto o faro, etc.*», *vid.* *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. Ed. Espasa Calpe. 22.ª edición. Tomo II. Madrid. 2001, págs. 1603-1604.

b) La segunda de las notas, que no viene a ser más que un desgaje o consecuencia derivada de la anterior, hace alusión a la *finalidad* a que se debe la obra pública. Ésta no es otra que la vinculación a un uso público o un servicio público. De tal manera que la incardinación de la obra en su doble dimensión (actividad–resultado) en la esfera competencial de una Administración concreta obedece o se justifica en la satisfacción de una necesidad colectivamente sentida que se entiende ha de ponerse al resguardo del amparo público. Es decir, queda, por las razones que en cada caso se hubiesen barajado y estimado adecuadas, integrada en el marco del «*giro o tráfico propio de las Administraciones Públicas*», lo que de suyo nos conecta con la idea indeterminada, pero perfectamente aprensible y concretable, del interés general.

c) En tercer término, se ha convenido en reconocer el *carácter inmobiliario* de las obras públicas. Aun no mencionado expresamente en el precepto, sí se constata con facilidad que en él se recogen muestras de lo que son obras públicas en las que la actividad de transformación material ínsita en ella o bien recae sobre bienes inmuebles (ej.: una reforestación), o bien tiene como resultado un bien que tiene jurídicamente atribuida naturaleza inmueble (ej.: una carretera). En nuestro Derecho vigente existe una vinculación total, aunque quizás excesivamente convencional, entre las obras públicas y los bienes inmuebles.

d) Por último, en cuarto lugar, pero en modo alguno menos trascendente, hay que detener la atención en un aspecto no directamente extraíble del artículo comentado pero sí deducible de la normativa que a lo largo del tiempo se ha ocupado de las categorías incluidas en el concepto que pretendemos desentrañar: *Su relación con los considerados bienes demaniales*⁸, que en la mayor parte de los supuestos conducirá a afirmar el carácter demanial del resultado de las obras públicas. De hecho, si ahondamos en la esencia de la institución demanial y la ponemos en conexión con la vertiente finalística de las obras públicas que ya hemos analizado, no podemos sino reconocer que éstas son el paradigma de lo que se ha denominado demanio público artificial⁹. La satisfacción de una finalidad pública es la que condiciona la afectación del bien, su destino, en última instancia¹⁰.

⁸ El propio art. 339 C.c., al explicar qué bienes integran el dominio público enumera a modo de ejemplo algunos de los bienes, entre los que da cabida a obras públicas al decir que: «*Son bienes de dominio público: 1.º Los destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, (...)*». Del hecho de que las considera obras públicas no hay duda por cuanto menciona directamente la noción en otro precepto posterior: art. 344 C.c.

⁹ Expresión ésta de dominio público artificial que nos remite de nuevo a la consideración de la obra pública como una actividad, toda vez que con la misma se alude a bienes que son la consecuencia de la actividad humana, o que no existen espontáneamente en la naturaleza. Vid. J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, *La titularidad de los bienes del dominio público*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1998, pág. 260.

¹⁰ Atendiendo a la finalidad pública que motiva la afectación, en nuestro Derecho se distinguen, por una parte, los bienes destinados a un uso público y, por otra, los destinados al servicio público, percepción que requiere dos matizaciones. La primera se refiere al sentido en el que debemos entender que estas normas aluden al servicio público, pues en general si partimos de un concepto demasiado laxo tendríamos que entender que cualquier bien de titularidad pública sería demanial. En segundo lugar, debemos advertir de que ambas categorías (bienes de uso público y bienes destinados a un servicio público) no son por sí mismas excluyentes, de tal forma que muchas infraestructuras públicas son bienes de uso público y además sirven de soporte a servicios públicos.

No está de más precisar desde ahora mismo, y puesto que una parte importante del trabajo aborda las formas de financiación de las obras públicas, que no desconocemos que un sector de la doctrina en trabajos recientes¹¹ encuentra en la institución del dominio público la culpable de la dificultad de poner en marcha determinados mecanismos de los denominados de financiación privada de obras públicas.

Este sector doctrinal, entiendo, no cuestiona tanto la reconducción de las obras públicas a su seno, cuanto la necesidad o conveniencia del mantenimiento de la institución demanial. Las notas de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, que caracterizan al dominio público, son vistas como un inconveniente insoslayable y como el culpable de la imposibilidad de aplicación de interesantes y novedosas técnicas de financiación de obras públicas que se estiman incompatibles con aquéllas.

No es éste el momento adecuado para adentrarnos profusamente en el debate, pues desborda las pretensiones de este estudio, pero sí podemos manifestar nuestra disconformidad, reservada, con las tesis de los autores citados. Su postura se asienta en la crítica de la institución demanial pues estiman, como indicamos, que en los países en los que ésta no ha cuajado como tal no tienen las dificultades que a nosotros nos asolan por la rigidez que la constriñe. Entiendo, por el contrario, que el inconveniente es perfectamente salvable. Por una parte, no se puede desconocer que en ordenamientos jurídicos, como el germano, en los que no se concibe el dominio público como en los ordenamientos de tradición francesa, cuentan con mecanismos que, si bien denominados de otra forma, persiguen una finalidad análoga. Por otra, es cierto que bajo la noción de dominio público se han puesto a cobijo realidades sumamente heterogéneas, y esto puede hacer dudar más que de la seriedad, de la utilidad de la institución. No obstante, nos inclinamos a entender que la incompatibilidad citada puede no llegar a ser tal, sino que todo dependerá de la interpretación que de las notas ya mencionadas que lo identifican quepa hacer. Interpretación que debe estar condicionada por el objeto demanializado. Lo que ha de permanecer es la pretensión o efecto último de ellas, en detrimento de exégesis estrictamente literales de las mismas. De ahí que no se imponga por principio el descarte de la posibilidad de constituir derechos reales (administrativos¹²) que favorezcan la ejecución privada de obras públicas amoldándolos a las exigencias que el interés público impone. Adaptación en la que, eso sí, no sería modificable el carácter temporal de los derechos. A este respecto, las innovaciones operadas en el ordenamiento francés en los últimos años constituyen un buen ejemplo del campo susceptible de explotación que todavía tenemos¹³.

¹¹ Vid. F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID: *Obras públicas e iniciativa privada*. Ed. Montecorvo. Madrid. 1998. Y más directamente vid. A. RUIZ OJEDA: *Dominio público y financiación privada de infraestructuras. Un estudio del caso francés y análisis comparativo de la reciente regulación española*. Ed. Marcial Pons y Servicio de publicaciones de la Universidad de Málaga. Madrid. 1999.

¹² En general, sobre los mismos puede consultarse el ya clásico trabajo de J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Los derechos reales administrativos*. Ed. Civitas. 2.ª edición. Madrid. 1989, que en modo alguno se muestra cicertero a la hora de admitirlos e interpretarlos.

¹³ J. BARCELONA LLOP: «Novedades en el régimen jurídico del dominio público en Francia», en *R.A.P.*, n.º 137. 1995, págs. 549-576. Aunque desde un punto de vista crítico, también nos da cumplida cuenta de la evolución operada en el ordenamiento galo A. RUIZ OJEDA: *Dominio público y financiación privada de infraestructuras. Un estudio del caso francés y análisis comparativo de la reciente regulación española*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1999.

III. MOTIVOS CONDUCENTES A LA POTENCIACIÓN DEL ESTABLECIMIENTO DE TÉCNICAS DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL PRIVADO PARA FINANCIAR OBRAS PÚBLICAS

Antes de entrar en el análisis del tema de fondo que proponemos, parece conveniente subrayar, sin ánimo exhaustivo, cuando menos algunas de las razones que han motivado la potenciación de los esfuerzos por encontrar adecuadas e interesantes fórmulas de financiación de todo tipo de infraestructuras de carácter público, en las que el papel desempeñado por el sector privado sea preponderante:

1. Por una parte, se intenta alcanzar un mayor grado de eficacia y de eficiencia en la redistribución de los presupuestos generales con los que cuentan las Administraciones Públicas. Es obvio que la realización de cualquier tipo de obras públicas exige disponer de ingentes cantidades dinerarias. Si se permite al sector privado acometer aquellos proyectos que les resulten atractivos, hablando en términos económicos —es decir, aquellos que no sólo, como veremos, se autofinancian, sino que su explotación permite la obtención de beneficios— cada Administración podrá dedicar los medios que no ha invertido en la ejecución de las obras a cuya ejecución y financiación se hayan comprometido los particulares, a satisfacer los costes de aquellos otros proyectos que no despiertan tanto interés para los agentes privados, pero igualmente insoslayables para el interés social.

Se buscan, en definitiva, mecanismos jurídicos que permitan encajar las muchas veces reprimidas e insatisfechas necesidades infraestructurales con la mejor utilización posible de los siempre escasos presupuestos públicos; mejorando, por consiguiente, la productividad, el dinamismo y la eficiencia distributiva de los esfuerzos públicos.

2. Al mismo tiempo que se consigue el fin descrito en el párrafo precedente, se impulsa el repunte del sector privado de la construcción.

3. Si se reconduce la mirada a posiciones ideológicas, no puede dejar de mencionarse la notable revitalización que se está dando en la actualidad de lo que se conoce como «Principio de subsidiariedad horizontal». Este principio puede explicarse como la concepción especial y ampliamente asumida en los últimos tiempos en las más variadas sociedades acerca de la preferencia de la actuación de los particulares en la vida económica en detrimento de la de los poderes públicos cuando ello sea factible. Esta revitalización es una de las causas que han conducido o favorecido, básicamente a partir de la década de los ochenta del siglo XX, los procesos de privatización de los que somos partícipes en los más dispares órdenes.

4. Finalmente, no debemos pasar por alto una circunstancia que ha afectado en particular a los Estados integrantes de la Unión Europea y que ha impulsado sus esfuerzos por reducir el gasto público. El factor al que aludimos no ha sido sino la necesidad de cumplir los criterios de convergencia fijados

para acceder a la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria¹⁴, de entre los que destaca la imposición de limitar el déficit público de cada Estado miembro en el entorno del 3% de su Producto Interior Bruto¹⁵. Esta previsión ha condicionado el actuar de los países miembros que, como España, querían estar desde el principio en el marco de la moneda única. Estos Estados se han tenido que valer de los mecanismos existentes para recortar sus déficits y circunscribirse a las exigencias establecidas, que evidentemente no llega con alcanzar, sino que, en buena lógica, habrá que mantener. De ahí que, especialmente en los últimos años, en el caso particular de España, hayan sido constantes los esfuerzos del Gobierno por lograr el siempre codiciado objetivo de equilibrio presupuestario, objetivo que ha querido plasmarse y reivindicarse de una forma más tajante con la promulgación de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria, cuya impronta debiera dejarse notar, indiscutiblemente, en la materia que abordamos, siquiera para decantarse, cuando sea posible una pluralidad de alternativas, por alguna de las fórmulas de financiación más proclives a la consecución de dicho anhelo¹⁶.

IV. INCARDINACIÓN DE ALGUNAS DE LAS MEDIDAS RECIENTEMENTE INTRODUCIDAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO EN EL SENO DE LAS ALTERNATIVAS CON LAS QUE CUENTAN LAS ADMINISTRACIONES PARA REALIZAR LAS OBRAS PÚBLICAS

1. *Planteamiento general*

Admitiendo que las obras públicas se enmarcan en el ámbito de competencias de las Administraciones, las alternativas con las que éstas cuentan para cumplir tal cometido se sintetizan en dos: su realización directa o la conveni- ción de su ejecución con terceros particulares, lo que, de suyo, nos adentra en el terreno de los contratos de las Administraciones Públicas.

Sendas posibilidades se delinean hoy en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de

¹⁴ Criterios de convergencia recogidos en el Protocolo 6.º de los 17 que en 1992 se aprobaron junto con el Tratado de la Unión Europea. Protocolo 6.º que lleva por título «sobre los criterios de convergencia previstos en el artículo 109 J del Tratado constitutivo de la Unión Europea»; la referencia al artículo 109 J, con el Tratado de Amsterdam debe entenderse realizada al artículo 121, según la reenumeración efectuada por el mismo del anterior.

¹⁵ Por lo que también conviene tener presente lo dispuesto en el Protocolo 5.º, relativo al «procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo».

¹⁶ Sobre la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, puede verse el trabajo de FABIO PASCUA; «Las nuevas Leyes de Estabilidad Presupuestaria: Aspectos Formales y Materiales», publicado en la *R.A.P.*, n.º 158, 2002. Asimismo, *vid.* los trabajos de L. AGUIAR DE LUQUE; G. ROSADO IGLESIAS: «La estabilidad presupuestaria y su eventual proyección en el Estado de las Autonomías», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 12, 2001, págs. 9 y ss., y de F. URÍA FERNÁNDEZ: «Una reflexión acerca de la constitucionalidad de las Leyes de Estabilidad Presupuestaria», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 12, 2001.

Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, T.R.L.C.A.P.), cuyos artículos 120 a 154 se refieren al contrato de obra. Si bien el T.R.L.C.A.P. no establece ninguna preferencia explícita entre los mecanismos mencionados (ejecución directa o por contrato), sí parece poder deducirse de la lectura combinada de los artículos 153 y 154 que la ejecución de obras por la propia Administración debe entenderse como la forma residual de acometer las actividades en que las obras puedan consistir.

Más si el texto de cabecera a considerar en primer término para atender a estos extremos es, por consiguiente, el T.R.L.C.A.P., hay que tener en cuenta no sólo lo preceptuado directamente en él. En efecto, pese a que todo hacía indicar que a través de esta norma se compilarían articuladamente todas las disposiciones referentes a la materia que abordamos en un intento de sistematización de la materia contractual por la que han de regirse las Administraciones Públicas, incomprensiblemente, el legislador ha dejado al margen de dicho cuerpo legal toda una serie de preceptos que directamente versan el tema de fondo que tratamos y que es preciso no pasar por alto.

Sobre todo hay que tener en cuenta que algunos de los mecanismos a los que debe aludirse fueron introducidos en nuestro sistema normativo por la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos Generales para 1997, Ley 13/1996, de 30 de diciembre de 1996, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social¹⁷, y que con ellos se pretendía, siguiendo el propio tenor literal de su Exposición de Motivos: *«contribuir a la mejor y más efectiva consecución de los objetivos de la política económica del Gobierno (...), y en concreto al cumplimiento de los criterios de convergencia previstos en el art. 109.J del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea»*. Reconociéndose a reglón seguido que, en lo referente a *«la acción administrativa en materia de inversiones de promoción pública, se articulan [en esta norma] diversas medidas con el doble propósito de favorecer la ejecución y más eficiente explotación de diversas obras públicas y de dar mayor participación a la iniciativa privada en este componente tan dinámico de la economía»*.

Pero descendamos al detalle de alguno de los aspectos más relevantes a los que los sistemas vigentes dan lugar.

2. Ejecución directa de obras públicas. Algunas puntualizaciones acerca de la creación de entes instrumentales para tal cometido

Si como hemos señalado son las fórmulas que en mayor medida permitan o favorezcan la realización de lo que hoy se conceptúa como financiación privada o extrapresupuestaria de obras públicas las que en mayor medida reclaman, hoy por hoy, la atención, se entenderá que no dediquemos más que unas líneas a desglosar el devenir de la realización directa, en la que, salvo matizaciones, sus cos-

¹⁷ Publicada en el B.O.E. de 31 de diciembre de 1996.

tes repercuten en los Presupuestos Generales de las Administraciones; es decir, constituye una clara muestra de lo que se entiende por financiación pública de obras públicas. Y ello pese a que en no pocas ocasiones recurriendo a artilugios contables se haya querido presentar la realización de obras encomendada a personificaciones instrumentales de la Administración como una auténtica ejecución y financiación privada de obras públicas, no constituyendo sino un ejemplo más de lo que se ha dado en llamar «huida del Derecho administrativo».

Sea como fuere, en tanto que este tipo de personificaciones han proliferado en los últimos tiempos para los menesteres de los que damos cuenta, no nos parece oportuno pasar completamente por alto toda observación al respecto, sin perjuicio de posponer su tratamiento a otro estudio posterior.

Por ello nos limitaremos a dar cuenta de un ejemplo de tal proceder como el alentado por el artículo 158 de la Ley 13/1996, por medio del cual se permitió al Gobierno del Estado acometer la gestión directa de la construcción y/o explotación de carreteras públicas y obras hidráulicas¹⁸ valiéndose de la creación de sociedades estatales del ya derogado artículo 6.1.a) de la Ley General Presupuestaria (L.G.P.), que hoy debemos entender como sociedades mercantiles de las reguladas en la Disposición Adicional 12.^a de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (L.O.F.A.G.E., Ley 6/1997, de 14 de abril)¹⁹.

Se determina en el precepto que estas sociedades han de ser constituidas por el Gobierno a través de la suscripción de un convenio de colaboración en el que conste, como mínimo: el régimen de construcción y/o explotación de las obras; las potestades que tiene la Administración General del Estado, así como las aportaciones económicas de ésta y las garantías que se prevean en favor de las entidades que realicen la financiación²⁰.

Se pretende con medidas como ésta crear empresas públicas con forma de sociedad mercantil o incluso de aprovechar la existencia de algunas, al objeto de encargarles la ejecución de ciertas obras públicas y/o la explotación de los bienes demaniales correspondientes, con la posibilidad de que tal ejecución pueda llevarse a cabo mediante contrataciones con terceros o con la ayuda de tales contrataciones, que expresamente se someterían, llegado el caso, en lo que se refiere a su preparación y adjudicación, a la jurisdicción contencioso-administrativa, a pesar de celebrarse entre personas formalmente privadas.

¹⁸ Respecto de las sociedades mercantiles estatales para la construcción y/o explotación de obras hidráulicas hay que estar a lo dispuesto en el artículo 132 del R.D.-Legs. 1/2001, de 20 de julio, que prácticamente viene a recoger directamente el contenido del artículo 158 de la L. 13/1996.

¹⁹ Esta forma de ejecución de obras ya había sido empleada, y lo continúa siendo, en el marco de las Comunidades Autónomas. No tenemos más que recordar los casos de G.I.S.A., que es una sociedad mercantil creada por la Generalidad de Cataluña en 1990; G.I.C.A.L.S.A., constituida en 1995 por la Comunidad de Castilla-León; o de A.R.P.E.G.I.O. en la Comunidad de Madrid. También el Estado había recurrido a la misma con motivo de la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona y de la Expo de Sevilla.

²⁰ Al amparo de este artículo hasta la fecha sólo se han creado este tipo de sociedades para la gestión de obras hidráulicas, no de carreteras.

El alcance o significado que tienen el tipo de habilitaciones como la indicada es claro. Por una parte, parece romper con el criterio restrictivo que rige en nuestro ordenamiento jurídico sobre la ejecución de obras públicas directamente por la propia Administración. Si bien sólo se trata de un espejismo, puesto que realmente este tipo de supuestos suponen una gestión directa del cometido consistente en la provisión de obras públicas pero de realización efectiva indirecta, en la medida en que en la mayor parte de los casos estas personificaciones de Derecho privado proceden a contratar la ejecución de las obras con terceras personas. Por otra –al margen de las discusiones doctrinales que pudiera provocar la oportunidad o no de crear este tipo de entidades²¹, y que podría entre otros extremos reconducirse a la polémica suscitada en torno a la prevalencia o interpretación de los artículos 38 y 128 CE-78 así como a la tan reiterada «huida del Derecho Administrativo»–, lo cierto es que la razón principal que ha impulsado a su proliferación radica en el hecho de que la contabilidad que se venía aplicando a estas empresas, que sí que forman parte del «bloque de lo público»²², no computaba a efectos de alcanzar los criterios de convergencia con Maastricht. Sin embargo, ya podemos vaticinar que el cambio de criterios contables aplicables al sector público que en los últimos tiempos se ha producido, previsiblemente echará por tierra gran parte del interés que desde, el punto de vista de la financiación de obras públicas²³, se venía mostrando por esta forma de proceder²⁴.

3. *La contratación pública como reducto natural para canalizar la financiación privada de obras públicas*

En fin, a los efectos que en mayor medida ahora reclaman nuestra atención, debemos comenzar por recordar que actualmente dentro del contrato de obra se diferencian dos modalidades específicas: la tradicional contrata y la concesión de obra pública. En base a la primera la Administración encarga la realización de una actividad a terceros ajenos a su esfera de actuación a los que

²¹ Vid. sobre la materia J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas? (A propósito de algunas innovaciones de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos del Estado para 1997)», *R.A.P.* n.º 144. 1997, págs. 45-73; T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ «¿Contratos administrativos entre personas privadas?», en *R.E.D.A.*, n.º 1. 1974, págs. 115 ss.; E. MALARET I GARCÍA: *Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*. Cuadernos Civitas. Madrid. 1993. M. FUERTES: «Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *R.E.A.L.A.*; n.º 279. 1999. Págs. 25-34.

²² Vid. J. L. PIÑAR MAÑAS: «Reflexiones sobre la privatización de la empresa pública en España», en *R.E.D.A.* n.º 84. 1994.

²³ Quizás el recurso a su creación no resulte menguado desde otras perspectivas, como el de la anteriormente mencionada «huida del Derecho administrativo» a efectos de contratación.

²⁴ Acerca de las nuevas normas contables resultan capitales los trabajos de F. CARRASCO CANALS; *Fundamentos del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales. (SEC 95)*. Ed. Pirámide. Madrid. 1999; y *El Sistema Europeo de Cuentas y los Tratados de la Unión Europea*. Instituto de Estudios Económicos. Madrid. 2000.

satisface su trabajo entregándoles en plazos fijos las cantidades que hubiesen estipulado. Por virtud de la segunda, la Administración contrata la ejecución de las obras también con un tercero, pero en pago a los contratistas les cede la explotación por tiempo determinado de la infraestructura por ellos realizada, o bien esa explotación junto con un precio cierto en dinero.

Si, como hemos venido indicando, centramos la atención en las fórmulas que permitan en mayor medida favorecer la financiación extrapresupuestaria de las obras públicas, cabalmente se comprenderá que la contrata no alienta dicho objetivo, pues el dinero con el que se hará frente a la prestación del contratista gravará el erario público. A pesar de esto, se han introducido algunas novedades significativas respecto de la forma sobre la que se venía articulando habitualmente la contrata en atención a propósitos financieros que de inmediato explicaremos. Por lo que hace a las concesiones, sí se puede ver en ellas el cauce idóneo al que reconducir las experiencias que bajo los parámetros indicados se efectúen. Pero vayamos por partes.

a) El modelo de contrato de obra «llave en mano»

Este modelo²⁵ ha sido incorporado al sistema jurídico español a través de la Ley 13/1996, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, cuyo artículo 147 establece la definición y régimen jurídico del que bautiza como «*Contrato de obra bajo la modalidad de abono total del precio*». Su régimen jurídico ha sido desarrollado por el R.D. 704/1997, de 16 de mayo²⁶.

El artículo 147 en su apartado primero especifica que la peculiaridad del contrato radica en que su precio será satisfecho por la Administración que tenga que abonarlo, pero no mediante la entrega de cantidades periódicas, esto es, no mediante certificaciones de obra, sino a través de un pago único en el momento en que la construcción de la obra contratada haya finalizado. Ahora bien, se ha previsto la posibilidad de acordar el fraccionamiento del pago adeudado hasta 10 anualidades, obligándose el contratista a financiar la construcción adelantando las cantidades necesarias hasta que se produzca la recepción de la obra terminada.

²⁵ Este sistema es también conocido con el nombre de «sistema alemán» por ser en este Estado el primero en el que se introdujo. Pese a ello en la legislación germana se prevé que tenga una aplicación residual siendo la concesional la fórmula preferida. Cabe apuntar que en su momento se suscitaban dudas acerca de si este modelo de provisión de obras sería aceptado por la Comisión Europea de acuerdo con lo previsto en el Sistema Europeo de Cuentas Económicas Integradas (SEC). El principal inconveniente que pensaba podía alegarse para decidir la inadecuación, radicaba en que realmente lo que se produce es un diferimiento de pago al contratista, que, a su vez, conlleva un diferimiento del cómputo contable de una deuda de la Administración, deuda real a la que tendrá que hacer frente en un momento futuro, aunque en un primer instante no incremente ni el déficit, ni consiguientemente la deuda, lo que viene muy bien a la hora de controlar los criterios de convergencia.

²⁶ B.O.E. de 23 de mayo de 1997, núm. 123.

De entre las singularidades más destacables en la configuración del régimen jurídico de este contrato que se habrá de adjudicar por procedimiento abierto o restringido y mediante concurso, cabe subrayar las siguientes notas²⁷:

- No es exigible el certificado de existencia de crédito que sí resulta preciso en el marco del contrato de obras tradicional, aunque sí que debe existir un certificado de compromiso de gastos para ejercicios futuros. Certificado de compromiso que, obviamente, ha de emitir la Administración adjudicadora.
- Se alude a la no aplicabilidad de la regla general que sanciona la prohibición del pago aplazado de los contratos que celebren las Administraciones²⁸. Por otro lado, tampoco se aplica la causa de nulidad del contrato relativa a la carencia o insuficiencia de crédito, ni la regla referente al sometimiento de la adjudicación del contrato a condición suspensiva de existencia de crédito adecuado y suficiente para financiar las obligaciones derivadas del mismo en el ejercicio correspondiente cuando el contrato se formalice en ejercicio anterior al de la iniciación de la ejecución²⁹.
- Al expediente de contratación habrá de incorporarse el informe del Ministerio de Economía y Hacienda u órgano autonómico equivalente³⁰.
- Los pliegos de cláusulas particulares que en este caso resulten de aplicación deben incluir necesariamente las condiciones específicas de financiación y la capitalización de los intereses así como su liquidación. En esta línea, se determina que la selección del contratista deberá ponderar las condiciones de financiación y refinanciación, si existiesen, de los costes de construcción. Las ofertas de los candidatos deben expresar por separado los costes, el coste estimado de construcción y el precio final que debiera abonar la Administración, incluyéndose los costes de financiación.
- Se establece que el compromiso de gasto previsto por razón del pago único sea objeto de contabilización separada y que en los presupuestos en los que haya de producirse la recepción de la obra, se consigne con carácter preferente el crédito necesario para hacer frente al compromiso de gasto.
- Al igual que acontece en la vertebración del modelo germano, se prevé que el Gobierno del Estado o de la correspondiente Comunidad Autó-

²⁷ Un pormenorizado comentario acerca del sistema tratado se encuentra en A. M. LÓPEZ CORRAL: «Infraestructuras y Presupuesto: Crisis del modelo de financiación presupuestaria», en *R.O.P.*, n.º 3400, 2000, págs 47-55.

²⁸ Recogida en el artículo 14.2 del T.R.L.C.A.P.

²⁹ Para lo cual fue necesario modificar el artículo 61 de la Ley General Presupuestaria que se hizo por la Ley 11/1996 de Medidas de Disciplina Presupuestaria, de 28 de diciembre de 1996, en el sentido de suprimir de su párrafo primero la exigencia de que para poder adquirir compromisos de gasto para ejercicios posteriores a aquel en que se autoricen, el gasto deba iniciarse en el propio período en el que se autorice. Asimismo, se dio nueva redacción a su apartado 5, para determinar que en el caso de los contratos de obra que se efectúen bajo la modalidad de abono total del precio, se puede pactar que dicho abono se verifique de una sola vez o su fraccionamiento en distintas anualidades en número no superior, como dijimos, a diez.

³⁰ La exigencia mencionada no tiene en cuenta a las Entidades Locales.

noma pueda acordar que todos o parte de los pagos previstos se puedan financiar mediante el cobro de un peaje o tasa por el uso de la infraestructura (evidentemente, debemos entender que esto puede ocurrir cuando la infraestructura sea susceptible de explotación. Explotación que podrá llevarse a cabo directa o indirectamente).

En definitiva, esta modalidad se ha diseñado como un contrato distinto o al margen del contrato de obra pública regulado en el T.R.L.C.A.P. (artículos 120 y ss.), que incomprensiblemente el legislador no ha procedido a incorporar a su articulado. Esto no debiera ser así, por cuanto en realidad nos encontramos ante un contrato típico de obra pública con una peculiaridad en lo concerniente a la forma de verificar el pago de la obra. Peculiaridad que, insistimos, consiste en aplazar y/o fraccionar el montante económico que adeuda la Administración, sin que quepa duda acerca de que será la Administración contratante la que en última instancia tendrá que hacer frente al pago del precio al que ascienda la obra.

A pesar de esta pequeña precisión, conviene destacar que fue articulado, como un tipo contractual de carácter excepcional, pues se dispone que sólo será de aplicación en aquellos supuestos en los que el contrato que se pretenda celebrar tenga por objeto la construcción de una serie de infraestructuras concretas, a saber: carreteras, ferrocarriles, obras hidráulicas, obras en la costa y obras medioambientales. Por consiguiente, debe entenderse que no cabe su aplicación cuando de lo que se trate sea de realizar otra clase de infraestructuras, ni cuando se proyecte la realización de obras que, aun versando sobre las infraestructuras enumeradas, no persigan su «construcción» como obras de nueva planta, sino su reforma, reparación, conservación o mantenimiento.

El carácter residual se subraya si tenemos en cuenta que únicamente se puede acudir a perfeccionar este contrato cuando el coste de la obra que se quiere realizar supera unos determinados umbrales económicos, si bien en algunos casos ciertamente elevados, que se fijan, respectivamente, en 4.000 millones de pesetas para carreteras, 3.000 para infraestructuras ferroviarias e hidráulicas, y 1.000 millones en el caso de obras en la costa y obras medioambientales³¹.

Pese a que la aplicabilidad de este modelo fue vedada para los ejercicios de 1999 y 2000 por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para esos años, nada se indicó al respecto en la que rigió en 2001, ni en la actualmente vigente, por lo que entendemos ha de reputarse posible acudir al mismo.

En líneas globales, respecto a este mecanismo de financiación diferida, nos sumamos a la opinión manifestada por ARIÑO ORTIZ y VILLAR EZCURRA que

³¹ La posibilidad de que todas las Administraciones Públicas puedan celebrar este contrato ha sido cuestionada por parte de la doctrina. Restricción que se debería al ámbito competencial de los entes públicos en materia de obras públicas. Siendo que en el marco de los Municipios y Provincias es discutible afirmar que tengan entre sus competencias la obligación de promover obras que por sus características sean susceptibles de ser enmarcadas en el contrato que comentamos. *Vid.* J. MIGALLÓN RUBERT: *Haciendas y contratos locales*. Ed. Dilex. Madrid. 1998.

consideran que es un supuesto de verdadera «ingeniería presupuestaria» que se puso en marcha a raíz de los criterios de convergencia de 1996, por las ventajas que tenía a estos efectos el aplazamiento del pago, y que si bien en aquel momento cumplió su papel, permitiendo que no disminuyese en exceso la inversión pública, no se debería perpetuar³².

No obstante, veremos, que pese a los pronósticos doctrinales que abogaban por su desaparición del ordenamiento jurídico, el Proyecto de Ley de reforma del T.R.L.C.A.P., procede a incluirlo, a mantenerlo, en fin.

b) En particular la vía de las concesiones de obra pública. Breve referencia al *project finance*

Las concesiones contractuales de obra pública, de las que ya hemos destacado su caracterización, son objeto de tratamiento en los artículos 130 a 134 del T.R.L.C.A.P.³³.

En diversas ocasiones se ha señalado que la concesional es la vía o la mejor alternativa para acometer la financiación privada de obras públicas, sobre todo si descansa en la técnica conocida como *Project Finance*. De hecho, si atendemos a la definición propuesta del *Project Finance* aportada por uno de los autores más tempranamente interesados por el mismo, que lo presenta como: «*A financing of a particular economic unit in which a lender is satisfied to look initially to the cash flows and earnings of that economic unit as the source of funds from which a loan will be repaid and to the assets of the economic unit as collateral for the loan*»³⁴, no se escapa que, salvo por el hecho de que no menciona que una de las partes contratantes tiene que ser una Administración que cumple con uno de sus cometidos, podría incluso ser válida como definición de concesión.

³² Vid. G. ARIÑO ORTIZ; J. L. VILLAR EZCURRA: «Las infraestructuras en España, un reto para el nuevo milenio», en *R.O.P.*, n.º 3.400, 2000, pág. 118. Estos autores se inclinan por dejar todo el margen posible a la colaboración privada para la realización de obras públicas.

³³ Al margen del T.R.L.C.A.P., no se puede dejar de mencionar que se ha quedado el contrato de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas introducido por el artículo 173 de la Ley 13/1996, al margen tanto de la legislación contractual como de la legislación de aguas, si bien hoy incorporado a esta última por medio de los artículos 133-135 del R.D.-Legis. 1/2001, de 20 de julio. De la lectura de la regulación que prevé este artículo se infiere que son muy pocas las novedades que introduce. Básicamente: menciona expresamente la compensación (subvención) de las Administraciones Públicas a las obras hidráulicas, a la no necesidad de contar con crédito presupuestario previo, la posibilidad de pago diferido de la aportación de la Administración y una mayor especificación de los criterios que pueden servir a la Administración para la fijación de la tarifa que abonarían los usuarios. Sin embargo, estimamos, con el profesor EMBID IRUJO, que ninguna de estas matizaciones justifica de suyo la individualización de esta figura al margen de la regulación general de la concesión de obras públicas. Vid. A. EMBID IRUJO: «Público y privado en la construcción, explotación y mantenimiento de obras hidráulicas», en *R.A.P.* n.º 143. 1997. Págs. 29-74.

³⁴ P. K. NEVITT; *Project Financing*. Published by Euromoney. London. Fifth edition. 1989, pág. 3.

No es éste el momento adecuado para profundizar en el estudio de esta técnica³⁵, mas sí parece conveniente dedicar unas palabras, aun a sabiendas de pecar de extrema concisión en este punto, a explicar cómo suele gestarse una operación sustentada en ella.

La idea capital a retener se refiere a que con el mismo lo usual es que varias empresas, más o menos vinculadas al sector de la construcción³⁶, se comprometan a constituir una Unión Temporal de Empresas (U.T.E.) de resultar adjudicatarias de un concurso convocado al efecto por la Administración para la construcción de una infraestructura determinada que siempre tiene que ser susceptible de explotación. La U.T.E. asume todos los riesgos de construcción y explotación de la edificación que ejecuta. Para hacer frente al enorme gasto a que asciende este tipo de obras solicita líneas de crédito a entidades financieras, que suelen constituir sindicatos de prestamistas entre varias. La U.T.E., que es la responsable del proyecto ante la Administración, se resarce de los gastos derivados del crédito concedido y recoge beneficios propios durante el tiempo de explotación de la infraestructura en el que se la faculta a percibir peajes a los usuarios de ella. Transcurrido el lapso de tiempo de explotación, la construcción revierte a la Administración, que, de esta forma, al menos en hipótesis, no ha tenido que efectuar ningún desembolso económico para poder contar con la misma.

Resulta evidente que para que el sector privado se «embarque» en la asunción de estos riesgos cuenta previamente con detallados informes y estudios que indiquen que la explotación dará los frutos esperados.

Si bien a diferencia de lo que ha ocurrido en otros países de nuestro entorno más inmediato como Italia, donde sí se ha establecido una regulación específica tratando de favorecer el tipo de contrataciones basados en esta práctica³⁷, en España las operaciones de *project finance* que se han emprendido se han hecho sobre la base de la regulación genérica de concesiones, que como es

³⁵ Para profundizar sobre la materia, además de la obra citada resultan de interés los trabajos de S. AMOROSINO: «Il project financing ed il concorso finanziario privato nella realizzazione di opere pubbliche», en *Rivista trimestrale degli appalti*, n.º 2, 1993, págs. 237-256; D. FRANCO; D. MUÑOZ: «Project Finance: Estrategia y configuración», en *Actualidad Financiera*. Monográfico 2/1998, págs. 5-20; J. UGARTE: «El Project Finance aplicado a la financiación de obras públicas. Asignación de riesgos». En el libro colectivo *La financiación privada de obras públicas. Marco Institucional y técnicas aplicativas*. Ed. Civitas. Madrid. 1997, págs. 69-80.

³⁶ Propiamente constructoras, suministradoras de material a las anteriores, empresas dedicadas a gestionar el uso de bienes sometidos a explotación, entidades financieras, etc.

³⁷ En Italia, la Ley de 11 de noviembre de 1998, número 415, de «*Modifiche alla legge 11 febbraio 1994, n. 109, e ulteriori disposizioni in materia di lavori pubblici*» ha introducido en la Ley 109/1994, texto básico en materia contratación pública, los artículos del 37.bis al 37.nonies, que bajo la rúbrica de «*Realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la Pubblica Amministrazione*» contienen lo que unánimemente la doctrina italiana estudiosa de la materia ha considerado la primera regulación orgánica del «*project financing*» en su ordenamiento jurídico. *Vid.* S. AMOROSINO; R. SCIUTO; «La disciplina del project financing nelle nuova legge sugli appalti (n.415 del 1998): La concessione di costruzione e gestione ed il promotore», en *Rivista Giuridica dell'edilizia*. Fasc. 2. Giuffrè editore. Milano. Págs. 61-76; M. MIGUIDI; *I lavori dopo la Merloni-ter*. Cosa&come. Giuffrè editore. Milano. 1999; M. ZOPPOLATO; «Il project financing», en *Legge Quadro sui lavori pubblici (Merloni -ter)*. *Commento alla legge 18-novembre 1998. 415*. Giuffrè editore. Milano 1999. Págs. 566-609; A. M. FRANCESCHINI; *Appalti dei comuni*. Il sole 24 ore. Pirola. Milano 1998.

obvio no está adaptada a las principales exigencias que este sistema reclama para animar a los particulares a interesarse por proyectos en los que se puede poner en marcha, tales como sistema de garantías, plazos de explotación, seguridad en la fijación de las tarifas de los peajes, etc.

Ahora bien, sí se puede destacar que con la aprobación del T.R.L.C.A.P. se ha procedido a modificar un aspecto que influirá en la facilitación del montaje de estas operaciones. El cambio se ha operado en el régimen de constitución de UTE's en el marco de las concesiones de obra, puesto que se ha abogado por introducir en el artículo 130 un tercer apartado del siguiente tenor literal:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 15 a 20 en cuanto a capacidad, solvencia y prohibiciones de contratar de los empresarios, los que concurren, individualmente o conjuntamente con otros, a la licitación de una concesión de obra pública podrán hacerlo con el compromiso de constituir una sociedad, que será la titular de la concesión, en el plazo y con los requisitos y condiciones que establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares, sin serle de aplicación los límites establecidos en el artículo 282 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, y en el artículo 185 del Código de Comercio».

Importa centrarse en la parte subrayada en la que exige en estos casos la aplicación de ciertos preceptos. Debemos recordar que ya la L.8/1972, de 10 de mayo, sobre construcción de autopistas de peaje en régimen de concesión, contenía una exoneración semejante. Sin embargo, la extensión de la inaplicabilidad de estos límites con carácter general y no sólo para el caso de las autopistas ha ser acogida con agrado, por cuanto en las operaciones de *project finance* el porcentaje que respecto al coste total de las obras aporta la empresa concesionaria suele oscilar entre un 15 y 25%, lo que de mantenerse las barreras contenidas en los preceptos a que se hace mención sería un obstáculo a la hora de ponerlas en marcha.

Pese a todo, es de esperar que de llegar a aprobarse el Proyecto de Ley que luego será objeto de comentario, con las previsiones que contiene se contribuya a favorecer la aplicación de esta técnica.

c) Los peajes en la sombra: concesiones de obra pública *sui generis*

Los denominados peajes en la sombra, peajes virtuales, o peajes impropios³⁸ pueden configurarse como un modelo concesional cuya principal diferencia con respecto a las concesiones hasta ahora referidas radica en que el pre-

³⁶ Se han puesto en práctica sobre todo en los últimos tiempos en Gran Bretaña para la construcción de carreteras (Sistema de las *Shadow tolls*), aunque ya durante los años sesenta se ensayó un mecanismo semejante en Bélgica. *Vid.* sobre el particular R. IZQUIERDO: *Gestión y financiación de las infraestructuras del trans-*

cio de los peajes es satisfecho por la Administración concedente, en todo o en parte. No son los usuarios, por tanto, los que abonan una cantidad por el uso de un bien o la percepción de un servicio. Principal diferencia que se convierte en definitiva, toda vez que el dato indicado es el que puede determinar que nos encontremos ante un modelo de financiación presupuestario o extrapresupuestario.

En el marco de la regulación estatal española hoy por hoy no se prevé esta forma de actuación, no cuenta con cobertura legal. No obstante, del análisis de algunos proyectos llevados a cabo se infiere que la Administración del Estado ha recurrido a un mecanismo que puede encajarse en esta variante³⁹ con el peligro que esta conducta encierra de vulneración de la legalidad vigente, pues nítidamente parece contravenir la prohibición general de aplazamiento de pago de los contratos dispuesta en el artículo 14.2 del T.R.L.C.A.P., al que esta variante, en última instancia, da lugar, puesto que, como se puede intuir, el pago por parte de la Administración comenzaría a efectuarse cuando una vez finalizada la construcción comenzase la fase de explotación, alterando el sistema de pago a través de certificaciones de obra.

Sin embargo, y desde otra perspectiva, acogiéndose a la salvedad inserta en el mismo artículo 14.2, en el que se previene que la prohibición que contiene puede ser enervada por otra disposición legal en contrario, tres Comunidades Autónomas, Madrid, Murcia y la Comunidad Foral de Navarra, a la hora de ejecutar las competencias legislativas que ostentan en materia de obras públicas de interés comunitario, han decidido incorporar este sistema de financiación.

Este hecho, juzgamos, no plantea problemas de extralimitación en las facultades ejercitadas por los entes autónomos. Debemos recordar, en aras de

porte terrestre. Ed. Asociación española de la carretera. 1997. Se ha incorporado, también, al ordenamiento portugués por medio del Decreto-Ley n.º 267/1997, de 2 de octubre, polo que se establece o regime de realiação de concursos publicos internacionais para a concessao da concepção, construção e exploração em regime de portagens sem cobrança aos utilizadores (SCUT) de lanços de auto-estradas da rede rodoviaria nacional. Algunas ideas interesantes acerca del este sistema se pueden ver en D. LINOTTE; B. CANTIER; «"Shadow Tolls." Le droit public français à l'épreuve des concessions à péages virtuels», *L'Actualité juridique. Droit Administratif*, 20 novembre 2000, págs. 863-872; asimismo, A. RUIZ OJEDA; «Aplicaciones recientes en materia de financiación privada de infraestructuras en España: entre la financiación presupuestaria y equipamientos públicos», en el libro colectivo Ruiz Ojeda, A.; Marcou, G.; Goh, J.; *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España. (Elementos comparativos para un debate)*. Ed. Civitas. Madrid. 2000, págs. 201 y ss. O en el trabajo de J. B. ACERETE GIL; «El peaje sombra: una alternativa de financiación de infraestructuras»; en *Actualidad Financiera*, n.º 11, noviembre de 2001, págs. 41-54.

³⁹ Vid. el Real Decreto 101/2000, de 21 de enero, por medio del que se ha procedido a modificar los términos de los contratos de determinadas autopistas de Cataluña de las que es concesionaria ACESA, en el sentido de eximir completamente del pago del peaje a todos los vehículos que las utilizan y que hasta la fecha venían satisfaciendo. Se ha decretado que a cambio de esto: «la Administración General del Estado, una vez finalizado cada ejercicio, compensará a "Autopistas, Concesionaria Española, Sociedad Anónima", por la pérdida de los ingresos de peaje, producida por las exenciones de tarifas y peajes en los itinerarios, tramos y movimientos establecidos en el artículo 1 del presente Real Decreto». Asimismo se establece que «el importe de esta compensación será el que resulte de la aplicación del 7 por 100 a la cuantía obtenida de la aplicación de los peajes vigentes en cada tramo, durante el ejercicio de que se trate, a los volúmenes de tráfico realmente registrados durante el año en el conjunto de las autopistas de concesión estatal cuya titularidad ostenta "Autopistas, Concesionaria Española, Sociedad Anónima"».

explicar tal conclusión, que, a la luz de lo preceptuado en el artículo 148.1.18.^a CE en relación con la Disposición Final Primera del T.R.L.C.A.P., la mayor parte de la normativa estatal en materia de contratación pública tiene carácter básico; esto es, de común denominador normativo de obligado respeto, acatamiento por las Comunidades Autónomas cuando ejerciten las competencias que tienen asumidas en sus Estatutos de Autonomía. Pues bien, el artículo 14.2 del T.R.L.C.A.P. tiene carácter básico, no supletorio, por lo que su observación es imperativa para los Entes Autonómicos; mas la referencia a una Ley que permita excepcionar la prohibición en él contenida, entendemos puede entenderse extensiva a las Leyes autonómicas, pues no hay motivo que induzca a sostener lo contrario.

En esta línea, como avanzamos, las Comunidades Autónomas madrileña y murciana han incorporado el peaje en la sombra como mecanismo de pago de infraestructuras con carácter general. Concretamente la Comunidad de Madrid a través de la L.11/1997, de 28 de abril por la que modificó la L.3/1991, de 7 de marzo, de carreteras de la Comunidad de Madrid, en los aspectos relativos a su financiación y explotación, así como en lo referente a la función de vigilancia y control. Por su parte, la Comunidad Autónoma de Murcia por medio de la L. 4/1997, de 24 de julio, reguladora de la construcción y explotación de infraestructuras⁴⁰, que alude a esta posibilidad en su artículo 10, que en síntesis establece que el Gobierno de esa Comunidad podrá establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares la aportación de fondos públicos, de carácter presupuestario, calculados en función de los usuarios de la infraestructura y de la rentabilidad social producida por la construcción de la misma y la obligación de servicio público realizada, que llevará aparejada una reducción o supresión tarifaria.

En el caso de la Comunidad Foral de Navarra la inclusión del peaje en la sombra se ha producido muy recientemente y no de forma general sino para un caso concreto. En efecto, la Ley Foral 21/2001, de 18 de octubre, de construcción, explotación y financiación de la Vía de Gran Capacidad Pamplona-Logroño⁴¹, introduce este mecanismo apelando a lo interesante de la fórmula de cara a encontrar un equilibrio entre la necesaria provisión de infraestructuras por parte de los poderes públicos y el mantenimiento del escenario de estabilidad presupuestaria preciso en la consolidación del proceso de integración

⁴⁰ La Exposición de Motivos de esta Ley de manera clara reconoce el objetivo perseguido con su promulgación, cual es el de proporcionar un marco jurídico estable que permita abordar la promoción de una serie de proyectos infraestructurales de gran interés social. Expresamente reconoce que «*sin excluir las fórmulas de gestión directa de infraestructuras (...) dedica una especial atención al desarrollo de fórmulas de gestión indirecta (...) en orden a alentar la participación de la iniciativa privada en este tipo de proyectos*». Vid. F. J. DE ÁGUEDA MARTÍN: «La financiación por el sistema de peaje-sombra en las carreteras de la comunidad de Madrid», en el libro colectivo *Nuevas formas de financiación de proyectos públicos*. Ed. Civitas. Madrid. 1999, págs.139-154. De interesante consulta es también el dictamen que a instancias de la Comunidad de Madrid emitió el Consejo de Estado pronunciándose acerca de la medida: el Dictamen 2637/96, de 25 de julio de 1996.

⁴¹ Publicada en el B.O.E. n.º 39, de 14 de febrero de 2002.

de España en la Unión Económica y Monetaria. Partiendo de tal premisa reconoce la oportunidad de recurrir a la iniciativa privada para financiar obras públicas. Y en particular, en su Exposición de Motivos reconoce que: *«De entre las fórmulas para que la iniciativa privada coopere en la financiación de infraestructuras públicas y que, por tanto, asuma su parte correspondiente de riesgo, se contempla el procedimiento de concesión en el que se aplique el denominado "canon de demanda", por el que la Administración Pública, titular de la infraestructura que se ejecuta, retribuye el concesionario en función del tráfico que circula por dicha vía de comunicación, estableciendo a su vez límites para esta retribución, tasándola en función del tráfico, de la rentabilidad económica, de los costes de inversión y operación, o de otros parámetros que garanticen al concesionario su viabilidad económica, pero que permita establecer a la Administración Pública la limitación de las aportaciones económicas al proyecto durante su plazo de concesión»*. En suma, con base en estas consideraciones se habilita (artículo 3 de la Ley comentada) a la Administración de la Comunidad Foral de Navarra a introducir en el pliego de cláusulas administrativas particulares del concurso que se convoque para adjudicar la concesión de construcción explotación y financiación de la Vía de Gran Capacidad Pamplona-Logroño, la posibilidad de recurrir al sistema de peaje en la sombra.

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

Como ya ha quedado indicado, en la actualidad se encuentra en trámite de enmiendas en el Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas⁴². Pese a lo que en un principio pretendía el Gobierno, que tramitó el texto como un anteproyecto de «Ley Básica Reguladora de la Concesión de Obras Públicas», esto es, pretendiendo que se convirtiese en un texto al margen del T.R.L.C.A.P, finalmente parece haberse acogido la opinión manifestada por el Consejo de Estado en el dictamen que sobre dicho texto evacuó con fecha 5 de diciembre de 2001, por lo que la Ley se compone de un artículo único por medio del que se procede a modificar la legislación estatal de contratos de las Administraciones Públicas.

Desde mi punto de vista, y aludiendo al contenido, la propuesta realizada por el ejecutivo, sin perjuicio de su indudable interés y acierto en buena parte de sus previsiones, adolece de errores o limitaciones de partida que coartan las mismas intenciones que con el mismo se persiguen y que se detallan en la Exposición de Motivos.

Algunas de las novedades o aspectos destacables que se contienen en el todavía proyecto de Ley se pueden sintetizar someramente en los siguientes puntos:

⁴² El texto del Proyecto puede consultarse en el B.O.C.G. «Congreso de los Diputados», serie A, núm. 99-1, de 21 de junio de 2002.

- Se erige en un texto con el que se busca canalizar o arropar jurídicamente las potencialidades que encierra la colaboración público-privada en la realización de obras públicas, reconociéndose, al efecto, que el instrumento jurídico clave sobre el que sustentar dicha colaboración es la concesión. Así nos lo recuerda la Exposición de Motivos del proyecto en el que se indica, textualmente que: *«En el repertorio de instrumentos que articulan la colaboración entre los poderes públicos y el sector privado, presenta una especial significación la institución de la concesión»*, para seguir más tarde reconociendo que: *«en el umbral del siglo XXI, parece razonable, sino obligado, —y este es el objetivo de la Ley— recuperar los rasgos definidores de la figura centenaria de la concesión de obras públicas (...) figura insustituible en el actuar de los poderes públicos, si bien ajustando los mismos al modelo administrativo y social de nuestros días, es decir, haciendo útil de nuevo la institución, en función de sus características esenciales, en todos los campos en los que está llamada a operar»*.

Esto es, la concesión se ha venido manifestando como una de las respuestas que con mayor éxito coordina satisfactoriamente los intereses públicos y privados. De hecho, el origen de la concesión de obra pública históricamente se encuentra vinculado a las endémicas dificultades financieras que asolaban a los Estados para afrontar los elevados costes en que normalmente se traduce la ejecución de estas realidades.

Es por este motivo por el cual, la concesión administrativa ha pervivido al paso del tiempo. Eso sí, ajustándose o adaptándose flexiblemente, gracias a su gran versatilidad, a las exigencias que paulatinamente han ido viendo la luz. Hoy en día puede seguir afirmándose que la concesión sigue siendo una fórmula, desde el punto de vista jurídico eficaz, y desde el punto de vista económico sumamente eficiente para afrontar los desafíos y responsabilidades que los Estados tienen encomendadas en la provisión de obras públicas.

El hecho de contar con una regulación de cabecera sobre el contrato de concesión de obras públicas ha de valorarse positivamente, por cuanto un rápido repaso del régimen jurídico vigente en nuestro país sobre esta materia, la concesión de obras públicas, patentiza la dispersión normativa y las muy notables carencias que la asolan⁴³.

- Sin embargo, hay que destacar que, en su redacción actual, el Proyecto deja fuera parte del abanico de posibilidades en que puede consistir la concesión de obras públicas. Sólo se recoge en ella la concesión de obras públicas en la variante que admite la explotación de la obra o del servicio que sobre ella se puede prestar.

Cierto es que se recoge una alternativa atractiva para vertebrar este tipo de concesiones en que la retribución del contratista que asume la realización de

⁴³ No se omite la importancia que para el ordenamiento jurídico comunitario reviste la concesión de obras públicas. De hecho en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley se menciona expresamente la Comunicación de la Comisión, de 24 de abril de 2000, en la que detalladamente procede a identificar tanto el concepto como la naturaleza jurídica de este contrato.

una obra pública descansa sobre una concesión de dominio público en la zona de servicios o en el área de influencia en que la obra que ha ejecutado se integra. Se prevé la explotación comercial de espacios íntimamente vinculados a la plena funcionalidad de la misma obra (como podrían serlo cafeterías, restaurantes, áreas de servicio, etc.)⁴⁴, mas esta previsión no encaja con la noción de concesión pura de obras públicas, en la que el concesionario asume el riesgo operacional pero en la que no hay explotación ninguna posterior. De la variante de la concesión pura de obras públicas nuestro Derecho histórico nos ofrece alguna muestra como la concesión de desecación de marismas y pantanos, y en la que hoy en día podría subsumirse la concesión de obra urbanizadora. En este sentido el proyecto podría dar todavía más de sí, y si como se dice pretende una regulación global y general de la figura, acoger, de hecho, la plenitud de manifestaciones que admite.

El propio Consejo de Estado en su informe, si bien sin aludir propiamente a la concesión pura de obras públicas, reconoce que: *«el anteproyecto no contempla una regulación general, unitaria y cohesionada de esta figura, sino que propone una regulación notoriamente parcial y fragmentaria»*.

- Si se presta atención a la mera financiación de las obras públicas, hay que reconocer que en el Proyecto se vertebran notables posibilidades. Se parte de una premisa netamente práctica y, por consiguiente, con plenos visos de efectividad operativa, cual es la de tomar en consideración las características propias de la obra pública que se pretende ejecutar y acomodar a su naturaleza las variantes de financiación.

Así, de la dicción del articulado del Proyecto se desprende que los costes de una obra pública no van a tener que descansar únicamente sobre una única modalidad de financiación, pudiéndose conjugar una pluralidad de ellas, si las circunstancias lo aconsejan.

En concreto, el precepto del Proyecto que se refiere a este punto procede a sancionar, en primer término, el criterio tradicional aplicable a las concesiones de construcción y explotación de obras públicas al mencionar que las obras objeto de concesión serán financiadas por el concesionario, que asumirá el riesgo en función de la inversión realizada. Ahora bien, enseguida modula el alcance de la afirmación en tanto que matiza que la financiación puede no correr totalmente a cargo del concesionario. En esta línea, permite que cuando concurren razones sustentadas en la rentabilidad económica o social, o el interés público así lo demande, la Administración competente pueda reconducir recursos procedentes de sus propias arcas para coadyuvar a la financiación de la obra de que se trate. Hay que ser cautos con esta previsión por cuanto, como agudamente advirtió el Consejo de Estado, puede poner en entredicho

⁴⁴ Esta opción ya se había previsto, a través de Leyes de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en el marco del Estado respecto de algunos ámbitos sectoriales, tales como los aeropuertos y las carreteras. Por su parte, la Comunidad Autónoma de Cataluña ya la incorporó recientemente con carácter general por medio del artículo 28 de su Ley 21/2001, de 28 de diciembre, de Ordenación Económica. Medidas Fiscales y Administrativas.

el respeto al principio riesgo y ventura del concesionario, es decir, el principio que permite identificar una contrato de concesión. Este tipo de ayudas públicas de los que podría beneficiarse una concesión son un señero ejemplo de financiación pública.

También constituiría un ejemplo de la misma la concesión en la que la retribución al concesionario basculase sobre la técnica del peaje en la sombra. Éste ya sí se incluye en el Proyecto estatal con carácter general.

- En lo que hace al que sería uno de los aspectos más innovadores de la norma que llegase a aprobarse: la financiación privada de la que pueden beneficiarse las concesiones que regula y que será sobre la que, de conformidad con la filosofía del sistema concesional, habría de descansar en la mayor medida de lo posible toda concesión de obras públicas, el Proyecto alude a la emisión de obligaciones y de otros títulos, a la incorporación de títulos negociables de los derechos de crédito del concesionario, a la hipoteca de la concesión, así como la posibilidad de recurrir a créditos participativos.

Pese a todo, se echa de menos una mayor potenciación del recurso a la constitución de otros derechos reales administrativos, tales como el *leasing* o el censo enfitéutico de obras públicas que redundarían en el objetivo anhelado. A pesar de que se podría, y de hecho así existen ejemplos prácticos, recurrir a estos mecanismos para contratar la realización de obras públicas sobre la base de la regulación que nos ofrece el Derecho civil, no estaría de más aprovechar la ocasión elaborar una regulación específica asentada y pulida o acomodada a las exigencias propias del intereses que constituyen la razón del Derecho administrativo.

Son muchas las apreciaciones y comentarios que cabría incluir al hilo del examen del Proyecto de Ley, mas las limitaciones propias de este trabajo obligan a dejarlas pospuestas para un estudio posterior y monográfico, y proceder a abordar ahora unas reflexiones de conjunto sobre lo que se ha expuesto.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

1.º Desde el momento mismo del nacimiento como disciplina autónoma del Derecho administrativo la doctrina ha trabajado por lograr la identificación en su seno de un cuerpo de instituciones lo más individualizadas posible, sin desconocer que entre muchas de ellas se establece un grado de relación que en ocasiones propicia un solapamiento de las técnicas de intervención que dificulta el establecimiento de fronteras nítidas entre ellas.

Sin embargo, la delimitación se convierte en elemento fundamental, por cuanto de no alcanzarse puede propiciar el desenfoque de la naturaleza jurídica tanto de instituciones a las que nos estamos refiriendo, como de otras que pueden tener su punto de arranque en las mismas, o que no son sino modulaciones o variantes complejas de aquéllas, con la consiguiente generación de problemas y dudas en que este hecho desemboca.

Esta circunstancia se ha hecho especialmente palpable en lo que a las obras públicas se refiere, puesto que, contrariamente a lo que *a priori* se pudiese pensar, se trata de una figura jurídica que ha quedado a la sombra fundamentalmente del servicio y de dominio público.

Es por lo anterior por lo que, en un intento de perfilar el concepto estricto de las obras públicas, entendemos que éstas deben concebirse como una pluralidad de acciones de cuya realización por imperativo legal han de ocuparse las distintas Administraciones Públicas cuando se desenvuelven en el marco del giro o tráfico sobre el que se sustenta su razón de ser: la atención del interés general.

Pluralidad de acciones que realizadas por el hombre a instancias de una Administración se traducen en la alteración del medio natural o físico que pueden llevar a la creación de bienes anteriormente inexistentes, en cuyo caso se considera que esos bienes son de dominio público y se destinarán a la satisfacción de servicios públicos, en la acepción más laxa del mismo.

De la amplitud de la noción se infiere que en ella tienen cabida manifestaciones sumamente dispares y heterogéneas, que comprenderían desde reforestaciones, sondeos o dragados (supuestos en los que la actividad en que consiste la obra produce una alteración del medio físico sin creación de bienes artificiales), hasta la construcción de carreteras, aeropuertos o faros (bienes que jurídicamente se consideran integrantes del dominio público artificial).

Esta multiplicidad de realidades integrables en la noción de obra pública propicia que, dependiendo de las características de la que concretamente se pretenda acometer, resulte más o menos fácil despertar el interés de la iniciativa privada para afrontar los riesgos de su coste.

2.º Por otra parte, las obras públicas adquieren relevancia básicamente en el momento de decidir cómo o de qué manera se puede hacer frente a las mismas, lo que normalmente, en atención al principio de contratista interpuesto, habrá de conducirnos al campo de la contratación administrativa. Esto es tanto como decir que todo contrato que verse sobre una obra pública es un contrato administrativo y debe regirse por las reglas específicamente diseñadas para atenderlos. Por este motivo, resulta un auténtico fraude o burla al interés general la práctica, que se viene dando, de querer reconducir a la categoría de contratos privados de las Administraciones la realización de este tipo de realidades, que debiera rechazarse de plano.

3.º En la ejecución de las actividades en que hemos dicho consisten las obras públicas, siempre ha tenido un papel más o menos preponderante el sector privado, que en este sentido se ha convertido en el coadyuvante idóneo para la Administración.

Hoy en día, por múltiples motivos que han sido reflejados a lo largo de la exposición efectuada, ha alcanzado un interés específico su participación en esta encomienda, intentándose que los costes de ejecución de las obras que con él se contrate graven en la menor medida de lo posible los presupuestos de las Administraciones, es decir, procurando favorecer la financiación privada de obras públicas.

Ahora bien, la vertiente desde la que actualmente se debe concebir la financiación privada de obras públicas también ha sufrido variaciones con respecto a tiempos pretéritos. Anteriormente con esta nomenclatura se aludía en no pocas ocasiones a modos de financiación que acababan repercutiendo en las arcas públicas (como la emisión de deuda pública), hoy, no obstante, los parámetros del debate han cambiado adquiriendo una significación diversa y más conexas con la literalidad de la expresión.

Al hablarse de financiación privada o extrapresupuestaria de obras públicas se anhela que verdaderamente la iniciativa privada sea la que soporte el coste efectivo de las operaciones, en definitiva, que asuma los riesgos inherentes a la materialización de las obras, con el consiguiente alivio para los presupuestos de las Administraciones.

Por ello, y siendo congruentes con la definición aportada, no habrán de incluirse en ella los supuestos en los que la Administración recurre a la creación de personificaciones a las que encomienda la gestión de actuaciones relacionadas con la provisión de obras públicas, ni los casos en los que se produce inicialmente un diferimiento en el pago de las cantidades que se adeudan por las obras que se hubiesen contratado.

4.º Sí se consigue el objetivo recurriendo a una institución clásica como la concesión, que si bien en el siglo pasado ya se empleó en estos menesteres la filosofía en que su aplicación se sustentaba ha mudado radicalmente.

Esto queda patente si atendemos a los motivos que alentaron entonces su empleo, es decir, a los pilares ideológicos del liberalismo. Desde ellos la concesión se concebía como el cauce más adecuado para conciliar la abstención que se predicaba de los poderes públicos en todos los órdenes y la necesidad real de intervenir para garantizar la existencia de una gran variedad de prestaciones que socialmente se reclamaban. Por el contrario, actualmente su potenciación, al menos en lo que a las obras públicas concierne, no descansa tanto en cuestiones de índole política cuanto de naturaleza económica. Esto es, se pone el acento en las bondades que su puesta en marcha pueden suponer a la hora de intentar recortar el gasto público.

5.º En correlación con lo anterior, cabe decir que el recurso, cuando procede, a las concesiones para ejecutar obras públicas, en esencia sigue siendo el mismo que antaño, al margen de los cambios ideológicos operados. No obstante, sí que ha tenido lugar una gran manifestación de ingenio a la hora de concebir modulaciones que no afectando a su esencia como institución, sino a las relaciones privadas a que puede dar lugar su puesta en marcha, sirven de acicate para despertar el interés económico del sector privado por las mismas. Ejemplo de lo afirmado se puede ver sobre todo en la articulación de proyectos basados en la filosofía del conocido como *project finance*. Porque de lo que tampoco ha de quedar duda es de que no toda concesión de obra pública por el mero hecho de serlo conduce a la financiación extrapresupuestaria, todo dependerá de la manera en que se articule.

6.º En España se están poniendo en práctica en todos los niveles territoriales toda la gama de mecanismos vertebrados con el loable fin de dotar a la

sociedad de las infraestructuras que demanda de la manera menos costosa para el erario público. En líneas generales se puede sostener que nos encontramos en la vanguardia de los países de nuestro entorno en este punto, pese a que respecto de algunas medidas, como indicamos, se pueden suscitar dudas acerca de si se han puesto en marcha siguiendo el *iter* jurídicamente idóneo. Lo cierto es que, a pesar de estas dudas, las reformas que quieren acometerse, plasmadas en el todavía Proyecto de Ley Reguladora de la Concesión de Obras Públicas al que sumariamente se ha aludido, abogan por el reforzamiento, consolidación y mejora de la andadura ya iniciada.

DOCUMENTOS

