



GARRIGUES

ABOGADOS Y ASESORES TRIBUTARIOS

Las concesiones administrativas para la viabilidad de un proyecto deportivo

Marco legislativo:

Bases generales de la legislación de concesión de obras públicas

Junio 2006

Índice

- ✧ Antecedentes normativos
- ✧ La Ley 13/2003 y el TRLCAP
- ✧ Definición
- ✧ Diferencias con figuras contractuales afines
- ✧ Concesión demanial y concesión de obra pública
- ✧ Procedimiento:
 - Actuaciones previas
 - Estudio viabilidad
 - Alternativa al estudio de viabilidad
 - Anteproyecto
 - Proyecto de la obra y replanteo
 - Pliego de cláusulas administrativas particulares
 - Los requisitos exigidos a los licitadores
 - Contenido de las proposiciones
 - Adjudicación del contrato



Índice (cont.)

- ✧ Plazos de las concesiones
- ✧ Las zonas complementarias de explotación comercial:
 - El tipo de actividad
 - La implantación de las actividades
 - Efectos de la extinción de la concesión sobre las zonas complementarias
- ✧ La concesión de obra pública y la construcción de obra pública diferenciada. Financiación cruzada.
- ✧ Financiación privada de las obras públicas
 - Emisión de títulos por el concesionario
 - La hipoteca de la concesión
 - Los créditos participativos
- ✧ La financiación pública de las obras públicas
 - Ayuda financiera a la construcción
 - Aportaciones a la explotación de la obra
- ✧ El riesgo concesional
- ✧ El equilibrio económico concesional
- ✧ Retribución por utilización de la obra



Antecedentes normativos

- ✧ Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877.
- ✧ Ley 8/1972, de 10 de mayo de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión.
- ✧ Ley 16/1987, de 30 de julio de ordenación de transportes terrestres (concesiones ferroviarias arts 159 a 165).
- ✧ Ley 13/1996 de 30 diciembre de Medidas Fiscales, administrativas y de orden Social que introduce el Contrato de concesión y construcción y explotación de obras hidráulicas.
- ✧ Real Decreto Legislativo 1/2000 de 2 de julio por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Aguas (arts. 133 a 135)
- ✧ Directiva 93/37/CEE, del Consejo, de 12 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras. (art. 1.a)
- ✧ TRLCAP (los derogados artículos 130 a 134)

Antecedentes normativos (cont.)

- ✧ El TRLCAP realizaba una regulación escasa. (arts. 130 a 134).
- ✧ Se consideraba al contrato de concesión como un apéndice del de obras.
- ✧ Seguía la corriente normativa y jurisprudencial que asociaba la fase de explotación de la obra pública al contrato de gestión de servicio público.
- ✧ La fase de ejecución de la obra se regía por el contrato de obra y la explotación por la de gestión de servicio público.

La Ley 13/2003 y el TRLCAP

- ✧ Sistemáticamente el texto de la Ley 13/2003 se inserta en el TRLCAP mediante un artículo único que introduce una modificación del TRLCAP
- ✧ La Ley 13/2003 modifica el art. 5.2 a) del TRLCAP para dotar de carácter típico al contrato de concesión de obra pública (en lo sucesivo CCOP).
- ✧ Modifica al art. 7 para especificar el particular régimen de este contrato.
- ✧ Modifica la sección segunda del capítulo I del Título I del Libro II (arts. 130 a 134). Nueva modalidad de contrato de obra para permitir la financiación de la obra pública mediante la atribución como contraprestación de una concesión de dominio público en la zona de servicios o en el área de influencia. No regula propiamente un CCOP. Se parte de que la obra como tal no es susceptible de explotación económica.

La Ley 13/2003 y el TRLCAP (cont.)

- ✧ Modifica los arts. 156 y 157 como consecuencia de la necesaria adaptación sistemática.
- ✧ Se añade un nuevo Título V al libro II (arts. 220 a 266) que constituyen la regulación del CCOP que se integra en el TRLCAP.
- ✧ Se ha seguido el criterio del Consejo de Estado emitido en fecha 5 de diciembre de 2001. Expte. 3375/2001 que consideraba primordial su integración en el TRLCAP. (se barajó la posibilidad de una Ley autónoma con remisiones a la legislación contractual)

La Ley 13/2003 y el TRLCAP (cont.)

- ✧ La Integración ha supuesto:
 - La configuración de este contrato como un contrato típico dentro de los enumerados en el nuevo art. 5 del TRLCAP.
 - El CCOP se independiza del contrato de obra adquiriendo identidad propia.
 - Le resulta de aplicación el Libro I, en cuanto contiene la parte general aplicable a todo tipo de contratos.
 - Cuenta con su propia regulación procedimental, derechos y obligaciones de las partes, etc...
- ✧ La exposición de motivos otorga el carácter troncal de la Ley.
- ✧ Un texto base que aplica principios comunes al mercado concesional de obras públicas, sin perjuicio de las especialidades que sean necesarias incorporar en cada caso concreto.

La Ley 13/2003 y el TRLCAP (cont.)

- ✧ En virtud del art. 7.2 del TRLCAP El contrato de concesión se registrará con carácter preferente a lo dispuesto en el art. Anterior (por los criterios generales que rigen los contratos administrativos) por las disposiciones del título V del libro II, sus disposiciones de desarrollo y por la legislación sectorial específica en cuanto no se oponga a dicho título, sin perjuicio del régimen especial de las obras hidráulicas.
- ✧ La Ley establece unos principios básicos aplicables a todo tipo de concesiones de obras que se imponen por efecto de ese art. y de la disposición derogatoria 1ª a la regulación sectorial previa en la materia que contradiga el nuevo texto legal
- ✧ La disposición adicional 12ª dispone que se registrarán por su legislación específica, por tanto excluidos del ámbito del CCOP, las obras e instalaciones relacionadas con el sistema de transporte y distribución de energía eléctrica, las telecomunicaciones, el gas e hidrocarburos.
- ✧ Sólo resulta de aplicación la disposición adicional 2ª y 3ª a los supuestos del art. 35 del Ley 54/1997 de 27 de noviembre, del sector eléctrico así como art. 59 de la Ley 34/1998 de 7 de octubre del sector de hidrocarburos.

Estructura del nuevo Título V del TRLCAP introducido por la Ley 13/2003.

- ✧ El nuevo Título V, comprende un total de 46 preceptos.
- ✧ Se compone de 5 capítulos:
 - Capítulo I. Disposiciones Generales (arts. 220 a 226)
 - Capítulo II. De la construcción de las obras objeto de concesión (arts. 227 a 241)
 - Sección 1ª Actuaciones Previas. (arts 227 a 234)
 - Sección 2ª Adjudicación del Contrato. (art. 235)
 - Sección 3ª Ejecución de las obras. (arts. 236 a 241)
 - Capítulo III. Derechos y obligaciones del Concesionario y prerrogativas de las Administración Concedente (arts. 242 a 252).
 - Capítulo IV. Financiación Privada (arts. 253 al 260).
 - Capítulo V. Extinción de las concesiones (arts. 261 a 266)

Definición

- ✧ El contrato de concesión de obra pública es aquel en cuya virtud la Administración Pública o entidad de derecho público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras relacionadas en el artículo 120 del TRLCAP -construcción y reparación de inmuebles, carreteras, aeropuertos, puertos, ferrocarriles, realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo, etc.- o, en general, de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en el Título V del TRLCAP
- ✧ La construcción y la explotación de las obras públicas objeto de concesión se efectuarán a riesgo y ventura del concesionario, quien asumirá los riesgos económicos derivados de su ejecución en los términos y con el alcance establecidos por esta Ley, lo que será en todo caso compatible con los distintos sistemas de financiación de las obras que en ella se regulan y con las aportaciones a que pudiera obligarse la Administración concedente.

Definición (Cont.)

✧ De la definición legal (art. 220 TRLCAP) se desprenden los siguientes elementos:

○ **Obra pública**

Se requiere como presupuesto que exista una obra pública entendida en sentido amplio como sinónimo de bien inmueble vinculado al interés público, creado por la actuación del contratista que realiza el proyecto promovido y aprobado por la Administración y que explota, o sólo esto último, en el caso que la concesión sea sólo de explotación.

○ **Susceptible de explotación económica: Tarifas**

Solo en este caso podría retribuirse el concesionario recuperar y ver retribuida la inversión en su construcción y recuperar los gastos de explotación o solo estos últimos.

La doctrina de la Junta Consultiva de contratación: Informes 12.03.04 (61/03) y 11.03.05 (70/04): que la obra sea susceptible de explotación económica por el concesionario se considera un requisito consustancial a la figura de la concesión de obra pública.

○ **Riesgo concesional. Principio de riesgo y ventura**

La transferencia de los riesgos al contratista no se limita a la fase de ejecución sino, y sobre todo, a la fase de explotación destinada a obtener los ingresos que compensen la inversión realizada y proporcionen el beneficio correspondiente.

○ **Equilibrio económico de la concesión**

La alteración sustancial de las hipótesis de frecuentación de la obra previstas en la adjudicación del contrato pueden dar lugar al reequilibrio automático, sin necesidad de intervención exógena, en la medida en que está previsto en el propio contrato. La adaptación puede venir a través de una modificación de las tarifas o del plazo concesional, entre otros medios.

Definición (Cont.)

- ✧ Es preciso que la obra sea susceptible de explotación económica, pues sólo en ese caso podrá retribuirse el concesionario y recuperar y ver retribuida la inversión en su construcción y recuperar los gastos de la explotación o sólo estos últimos.
- ✧ La obra es susceptible de explotación económica cuando, ya sea el usuario, es decir los ciudadanos, o la Administración, retribuyen al concesionario la inversión realizada mediante el pago de tarifas.
- ✧ En el contrato de concesión la transferencia de los riesgos al contratista no se limita la fase de ejecución sino, y sobre todo a la de explotación, destinada a obtener los ingresos que compensen la inversión realizada y proporcione el beneficio correspondiente. (principio de riesgo y ventura).

Diferencias con el contrato de Gestión de Servicio Público. Vertiente de explotación.

- ✧ En nuestra doctrina y jurisprudencia existe una tendencia a calificar los contratos de concesión como contratos mixtos en los que la vertiente de explotación de la obra pública se califica como contrato de gestión de servicios públicos en régimen de concesión.
- ✧ GÓMEZ FERRER critica la situación porque si atendemos al concepto más generalizado de servicio público éste implica actividad de prestación y podemos preguntarnos qué actividad de prestación realiza p. Ej. El concesionario al usuario de una autopista. En realidad el usuario no recibe el resultado de una actividad sino simplemente el beneficio que le supone la utilización de un bien de dominio público de uso general; lo que predomina aquí es la utilización de la obra y no de una actividad.

Diferencias con el contrato de Gestión de Servicio Público. Vertiente de explotación (cont.)

- ✧ Resulta pacífico que el contrato de concesión de obras como se reconoce ahora en el TRLCAP, al configurarse como un contrato típico, es un contrato con identidad propia, distinto al contrato de obra pública o la de gestión de servicio público.
- ✧ En relación con el contrato de gestión de servicio público, la fase de explotación de una obra pública no implica la prestación de ningún servicio público.
- ✧ El objeto del contrato es la utilización de la infraestructura por el usuario lo cual de por sí no implica prestación de servicio alguno.
- ✧ Señala GANDÁSEGUI que p. Ej. En una autopista de peaje el usuario no paga por ningún servicio sino por usar esa vía pública. La obligación del concesionario es tener disponible la infraestructura más allá de los servicios que se presten sobre ellas. Sin embargo el autobús que circula por dicha vía sí que puede prestar en régimen de concesión un servicio de transporte.

Diferencias con el contrato de Gestión de Servicio Público. Vertiente de explotación (cont.)

- ✧ La Comisión Europea (comunicación interpretativa 2000/C 121/02) señala que la diferencia entre un CCOP y de gestión de servicio público en régimen de concesión está en que en éste las obras –de carácter accesorio- son secundarias en importancia respecto a los elementos que prestan directamente el servicio.

La comunicación interpretativa también considera concesión de servicios un contrato de concesión que se refiera solamente a la explotación de una obra existente (apartado 2.3)

- ✧ La configuración del contrato en el TRLCAP: Esta distinción no impide que en el caso de que el CCOP se limite sólo a la explotación de una obra ya construida y por lo tanto no esté presente la fase de ejecución de obra, pueda calificarse como CCOP.
- ✧ De ahí que el contenido necesario de todo CCOP, con independencia de que incluya o no su construcción, supera con mucho la explotación y conservación. (ver arts. 221.1.c y d, adecuación, reforma, modernización, actuaciones de reposición y gran reparación con los elementos de cada una de las obras)
- ✧ Asimismo el art. 221.2 dispone que para el caso de que el contrato tenga por objeto sólo la explotación el concesionario vendrá obligado a la conservación o reposición de las obras accesorias o vinculadas a la obra principal si no se dispone lo contrario en el pliego.

Diferencias con el contrato de Gestión de Servicio Público. Vertiente de explotación (cont.)

- ✧ En el mismo sentido el art. 244.4, con independencia de que se incluya o no su construcción, somete a todos los CCOP a la denominada cláusula de progreso (debido a su duración).
- ✧ Dadas las características de las obras públicas, en el CCOP cuyo único objeto lo constituya la explotación, ésta misma justifica la existencia de un régimen jurídico propio.
- ✧ La obra ya está terminada pero por razones conceptuales (no se trata de la prestación de un S.P) y prácticas (la explotación requerirá importantes inversiones que deberán ajustarse a la economía concesional), la relación contractual debe contar con reglas ad hoc que permitan establecer un marco jurídico de derechos y obligaciones estable y seguro.
- ✧ Por ello se ha optado por considerar a los contratos que tienen por objeto la explotación de obras ya construidas como verdaderos CCOP.

Diferencias con el contrato de Gestión de Servicio Público. Vertiente de explotación (cont.)

- ✧ La coexistencia del contrato de concesión de la gestión de servicios públicos y el contrato de concesión de obras, en su modalidad de explotación, podría resolverse aplicando el criterio distintivo siguiente:
 - Servicio público competencia de una de una administración que se quiera prestar de forma indirecta en su modalidad de concesión: contrato de gestión de servicios públicos, resultando de aplicación los arts. 154 y siguientes TRLCAP.
 - Si no se está ante un servicio público: contrato de concesión de obra pública, resultando de aplicación los arts. 220 y siguientes TRLCAP.

Diferencias con el contrato de obra.

- ✧ El concesionario asume en el CCOP el riesgo de la explotación de la obra que no está presente en la relación episódica de un contrato de obra.
- ✧ El riesgo y ventura propio del contrato de obra se extiende a la explotación, que es lo que permite resarcirse al contratista de la inversión realizada y, por lo tanto, en el contrato de obra no existe un estudio de la viabilidad económica financiera de la obra tal como se concibe en el CCOP porque este extremo no interesa al licitador.

Concesión demanial y concesión de obra pública

• Concesión de obra pública

- implica la atribución al concesionario de la utilización privativa del dominio público, como algo inherente a la concesión, que él mismo crea o a cuyo cuidado se encomienda para su explotación

• Concesión demanial

- se otorga el dominio ya construido para su utilización privativa por el concesionario que, independientemente de que construya obra sobre él, lo precisa por los servicios que sobre él constituya y que serán los que doten de rentabilidad a su inversión.

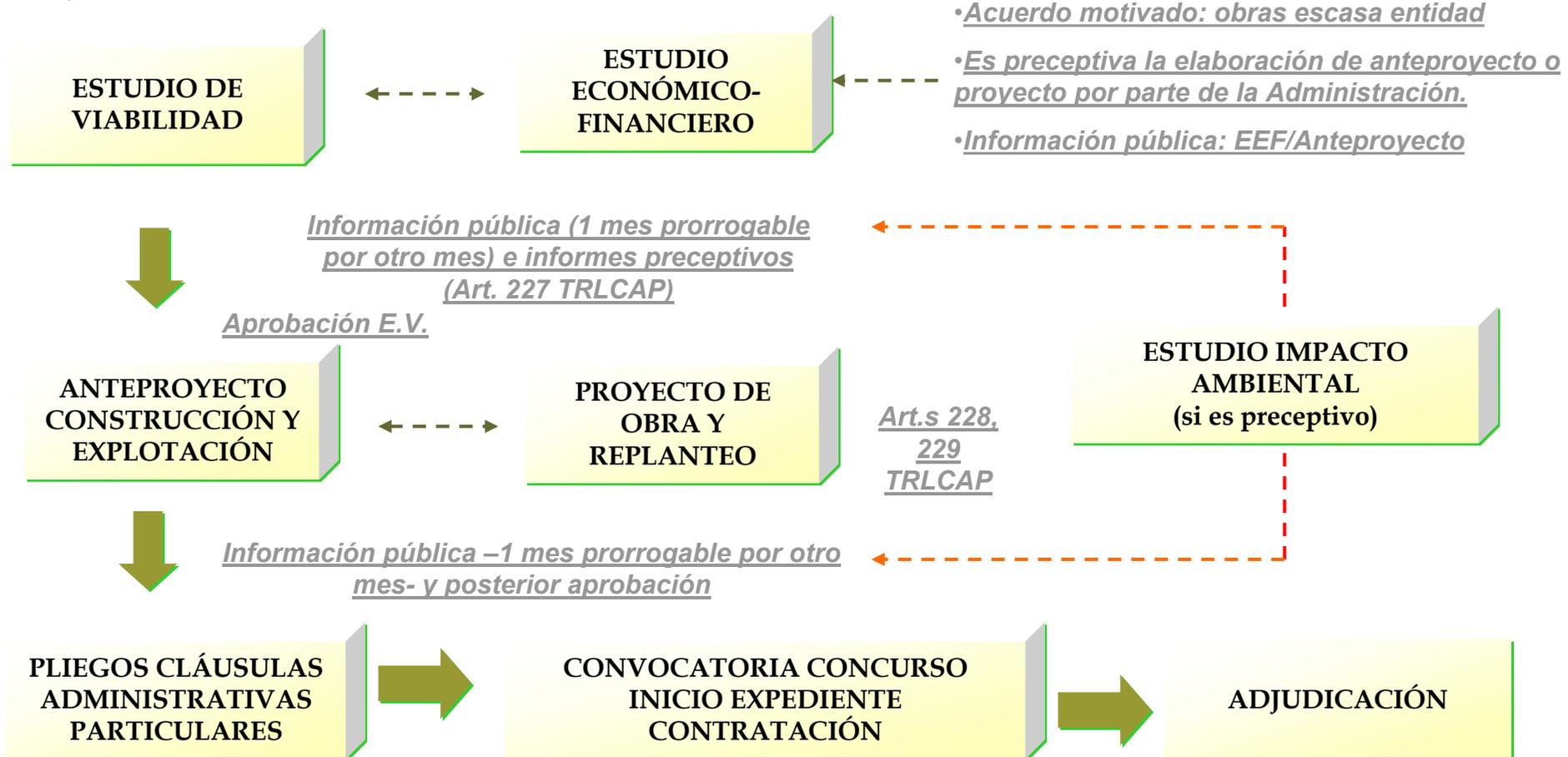
Relación entre la concesión de obra y la demanial.

La propia obra tiene la consideración de dominio público de uso general por lo que puede afirmarse que la concesión de obra engloba la de gestión y conservación del dominio público en condiciones adecuadas para el cumplimiento de sus fines.

La concesión se configura como mixta de obra pública y sobrevenida de dominio público.

Procedimiento (actuaciones previas)

A) A INSTANCIA DE LA ADMINISTRACIÓN



Procedimiento (actuaciones previas)(Cont.)

A) A INSTANCIA DE LA INICIATIVA PRIVADA



Estudio de viabilidad



**ESTUDIO DE
VIABILIDAD**

✧ Contenido del Estudio de viabilidad

- 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.

Alternativa al estudio de viabilidad: estudio económico financiero

- ✧ La Administración concedente puede acordar motivadamente la sustitución del estudio de viabilidad por un estudio de viabilidad económico- financiera cuando por la naturaleza y finalidad de la obra o por la cuantía de la inversión requerida se considere que éste es suficiente.
- ✧ Es preceptiva la elaboración por la Administración del Anteproyecto o proyecto.
- ✧ Se somete al tramite de información publica junto con el correspondiente anteproyecto o proyecto.



Anteproyecto

ANTEPROYECTO
CONSTRUCCIÓN Y
EXPLOTACIÓN



✧ Contenido mínimo del Anteproyecto:

- una memoria en la que se expondrán las necesidades a satisfacer a la que se acompañará los datos y cálculos básicos, los factores sociales, técnicos, económicos, medioambientales y administrativos considerados para atender el objetivo fijado y la justificación de la solución que se propone
- planos de situación generales y de conjunto necesarios para la definición de la obra
- 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
- estudio relativo al régimen de utilización y explotación de la obra, con indicación de su forma de financiación y del régimen tarifario que regirá la concesión, incluyendo, en su caso, la incidencia o contribución en éstas de los rendimientos que pudieran corresponder a la zona de explotación comercial.

Proyecto de la obra y replanteo

PROYECTO DE OBRA Y REPLANTEO



- ✧ El TRLCAP admite tanto su realización por la propia Administración como que constituya un elemento de la oferta de los licitadores.
- ✧ En caso de que el proyecto deba ser realizado por el licitador, la Administración habrá de justificar la necesidad de la contratación conjunta: arrendamiento de servicios+ ejecución de las obras.
- ✧ Asimismo, cuando la naturaleza de la obra no exigiera la realización de un anteproyecto, el proyecto directamente redactado deberá someterse a la tramitación establecida en los apartados 3 y 4 del artículo 228 a fin de garantizar la transparencia procedimental y el respeto a los derechos e intereses tanto de los particulares como del resto de las Administraciones Públicas.
- ✧ Tanto en relación al proyecto como al anteproyecto, los licitadores podrán introducir mejoras en sus propuestas.
- ✧ Se especifica que 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.

Pliego de cláusulas administrativas particulares

PLIEGOS CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES



✧ Contenido mínimo de los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP):

- La definición del objeto del contrato, que debe referirse al correspondiente anteproyecto y proyecto, especificando los documentos que tendrán carácter contractual e incluyendo, en su caso, la zona complementaria de explotación comercial.
- Los requisitos de capacidad y solvencia financiera, económica y técnica exigibles a los licitadores. La norma precisa en este apartado que cuando se trate de personas jurídicas dominantes en un grupo, se podrá tener en cuenta, a efectos de estimar su capacidad y solvencia, las que correspondan a las sociedades pertenecientes al grupo siempre que la persona jurídica dominante acredite que dispondrá para la ejecución del contrato de los medios de las sociedades del grupo.
- Las posibles ayudas públicas de carácter económico- financiero y tributario que, en razón del objeto del contrato de concesión, pudieran ser otorgadas así como cualquier otra eventual aportación de las Administraciones Públicas.
- Las características singulares, en su caso, de la sociedad concesionaria.
- Los plazos que correspondan, según el supuesto, para la elaboración del proyecto, la ejecución de las obras y su explotación.
- Los derechos y obligaciones de las partes en las distintas fases del contrato.
- El régimen de penalidades y los supuestos que pueden dar lugar al secuestro de la concesión.
- La sumisión del contrato a las previsiones de la Ley.
- Los datos necesarios para la presentación de las ofertas.
- Régimen de garantías provisionales y definitivas.
- La concreción del contenido de las proposiciones.
- El sistema de retribución del concesionario.
- La identificación del procedimiento y forma de adjudicación del contrato con la concreción de los criterios que servirán para seleccionar al adjudicatario e identificación del órgano adjudicador.

Los requisitos exigidos a los licitadores

- ✧ Se efectúa una remisión a los correspondientes preceptos que figuran en la parte general del TRLCAP (artículos 15 a 20) sobre capacidad, solvencia y prohibiciones de contratar respectivamente y al PCAP por lo que respecta a los medios para acreditar la solvencia técnica, económica y financiera, de acuerdo con la naturaleza y objeto de la concesión.
- ✧ La exigencia de la garantía provisional para participar en la licitación se establece en un mínimo del 2 por 100 del presupuesto estimado de la inversión, siguiendo la referencia del artículo 35.1 de la Ley.
- ✧ Se establece la posibilidad de que los licitadores dejen constancia formal de su compromiso para constituir una sociedad que será la titular de la concesión. La constitución y, en su caso, la forma de la sociedad deberá ajustarse a lo que concreten para determinado tipo de concesiones su legislación específica. En todo caso, es importante destacar que el otorgamiento de la concesión puede vincularse a la exigencia de que el licitador seleccionado como concesionario adopte la forma de una sociedad que reúna determinadas características.

Contenidos de las proposiciones

- ✧ El artículo 233 del TRLCAP establece los extremos sobre los que deberán versar las proposiciones de los licitadores. Esta relación tiene carácter mínimo, que puede ser enriquecida por el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares:
 - Especificación de la relación de promotores de la futura sociedad concesionaria, cuando estuviera prevista su constitución, y características de dicha sociedad tanto jurídicas como financieras.
 - Plan de ejecución de las obras y fechas significativas, como las de comienzo y terminación de las obras y la de apertura al uso a que se destinen.
 - Plazo de duración de la concesión
 - Plan económico-financiero de la concesión
 - Porcentaje de financiación con cargo a recursos públicos (financiación mixta)
 - Modelo de contabilidad (compromiso de que la sociedad concesionaria adoptará modelo del PCAP)
- ✧ Por otra parte, se establece la posibilidad de que los licitadores podrán introducir las mejoras que consideren pertinentes en relación a los términos que se determinen pero no en lo que respecta a la ubicación de las obras.
- ✧ Las proposiciones deberán conformarse al pliego de cláusulas administrativas con el fin de garantizar una comparación objetiva entre las ofertas, aspecto éste importante para que se respete no sólo el principio de igualdad sino también el de transparencia.

Adjudicación del contrato

- ✧ La adjudicación del contrato puede llevarse a cabo por procedimiento abierto o restringido- en ambos casos mediante concurso- o por procedimiento negociado en el marco de lo previsto en la Ley.
- ✧ Los plazos para la adjudicación y formalización del contrato serán los previstos en el pliego de cláusulas administrativas particulares, fijando un plazo límite de seis meses, ampliable motivadamente por tres más para la adjudicación, y de tres meses para la formalización del contrato.
- ✧ Por lo que respecta a la formalización de los contratos, se prevé un plazo de 30 días naturales a contar desde el siguiente al de la notificación de la adjudicación, para que aquélla se lleve a efecto.
- ✧ Respecto a la solicitud de ofertas en el procedimiento negociado, debemos reseñar que se deberá solicitar, al menos, a 3 empresas capacitadas, siempre que sea posible, debiendo quedar constancia en el expediente de las invitaciones cursadas, de las ofertas recibidas y de las razones para su aceptación o rechazo aplicadas por el órgano de contratación.

Plazos de las concesiones

- ✧ Las concesiones de construcción y explotación de obras públicas se otorgarán por el plazo fijado en el pliego, que no podrá exceder de 40 años.
- ✧ Las concesiones de explotación de obras públicas se otorgarán por el plazo que se acuerde en el pliego, que no podrá exceder de 20 años (se debe justificar expresamente el establecimiento de un plazo superior a 15 años).
- ✧ En caso de que se hayan fijado plazos menores a los anteriores se permiten prórrogas de forma expresa hasta los límites señalados (40 y 20 años).
- ✧ Llegado el cumplimiento del plazo fijado en el pliego no cabe la tácita reconducción (es lo más conforme con la transparencia en la gestión del servicio público y la protección del interés público).

Plazos de las concesiones (cont.)

- ✧ Potestativamente se podrá prorrogar los plazos fijados en los pliegos más allá de los límites anteriores, hasta los 60 y 25 años, en dos supuestos:
 - Para restablecer el equilibrio económico de la concesión.
 - Para satisfacer los derechos de los acreedores en el caso en que los derechos de crédito del concesionario hayan sido objeto de utilización.

- ✧ En la tramitación parlamentaria hubo discusión sobre los plazos máximos:
 - Presidente de la Asociación Española de Autopistas de Peaje.(el precio del peaje lo determina el período concesional, orografía, trayectos cortos, más entradas y salidas, la autovía como competidor.

Las zonas complementarias de explotación comercial

- ✧ El párrafo primero del artículo 223.1 del TRLCAP establece:
“ Atendiendo a su finalidad, las obras públicas podrán incluir, además de las superficies que sean precisas según su naturaleza, otras zonas o terrenos para la ejecución de actividades complementarias, comerciales o industriales que sean necesarias o convenientes por la utilidad que prestan a los usuarios de las obras y que sean susceptibles de un aprovechamiento económico diferenciado, tales como establecimientos de hostelería, estaciones de servicio, zonas de ocio, estacionamientos, locales comerciales y otros susceptibles de explotación”
- ✧ El inciso inicial del precepto (“atendiendo a su finalidad”) supone el reconocimiento de que, si bien se admite de modo general la posibilidad de integrar en la concesión estas zonas complementarias, habrá ocasiones en que la propia naturaleza de las obras públicas concesionadas impida el empleo de este mecanismo de financiación.



Las zonas complementarias de explotación comercial

- ✧ Se ha optado por integrar estas zonas complementarias en el CCOP para su explotación conjunta con la obra, a cuya financiación contribuyen.
- ✧ La Comunicación Interpretativa de la Comisión (2000/C 121/02) considera que la explotación de estas actividades complementarias a la explotación de la obra pública tiene su marco jurídico adecuado en la concesión de servicios y no en la COP.
- ✧ Es el art. 223 el que regula la posibilidad de que las obras públicas objeto de concesión incluyan zonas complementarias de explotación comercial.
- ✧ La Disposición adicional 1ª no ha atribuido al art. 223 el carácter de básico pero sí a las menciones que se contienen en otros preceptos (arts. 225,230,233,246.6, 254.1). Las CCAA pueden suprimir la figura pero si se opta por ella se consigue uniformidad del régimen jurídico.

Las zonas complementarias de explotación comercial (cont.)

- ✧ Normalmente esa “finalidad” sólo podrá apreciarse cuando los usuarios de las obras públicas se sirven de ellas en el lugar mismo de las obras.(p.ej. Carreteras, aeropuertos).
- ✧ Será difícil justificar el empleo de este mecanismo de financiación en obras públicas de las que se sirve el usuario sin necesidad de trasladarse físicamente al lugar de la obra (p.ej. Las obras hidráulicas destinadas a la producción de la energía eléctrica o el suministro e aguas para consumo particular.
- ✧ Se distingue entre superficies en que se asienta la obra pública y que, según su naturaleza, son precisas para que exista la concesión misma; junto con otras zonas o terrenos necesarios o convenientes por la utilidad que presentan a los usuarios de las obras.
- ✧ Unos y otros terrenos pasan al dominio público. (ver art. 242.d)

El tipo de actividad

- ✧ Las actividades de las zonas complementarias
 - deben tener **carácter comercial o industrial**,
 - ser de utilidad para los usuarios de las obras
 - ser susceptibles de aprovechamiento diferenciado.
- ✧ El límite a la ubicación de estas zonas complementarias no es propiamente físico sino conceptual:
 - No podrán implantarse donde, por razón de la distancia respecto de la obra principal, no sirven para completar la utilidad que ésta reporta a los usuarios.
- ✧ Es en el requisito de la utilidad donde radica la diferencia fundamental entre las obras que ejecuta el concesionario para el establecimiento de las zonas complementarias de explotación comercial y las obras “accesorias” o “vinculadas” a la obra principal a que se refiere el artículo 221.2 del TRLCAP.
- ✧ Unas y otras forman parte de la concesión y están ligadas a la obra principal, si bien de distinto modo:
 - Las primeras tan sólo sirven de base a una actividad que complementa la utilidad que la obra principal reporta al usuario;
 - Las segundas son necesarias para que la obra principal “cumpla la finalidad determinante de su construcción”.

Las zonas complementarias de explotación comercial

- ✧ La integración en la concesión de las ZCEC les hace aplicables los deberes dispuestos en el art. 221 c) y d) (deberes de adecuación, reforma, modernización, reposición y gran reposición que pesan sobre el concesionario)
- ✧ La integración en el régimen de la concesión no es total a las ZCEC no les resulta aplicable lo dispuesto respecto al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión.
- ✧ Duda sobre si la referencia a comerciales o industriales es aclaración de la noción de actividades complementarias o si existen una categoría de actividades complementarias distinta de las comerciales o industriales. (entendemos correcto la 1ª opción, se debe a una omisión de una coma tras industriales).

La implantación de las actividades

- ✧ El artículo 223.1 del TRLCAP establece en su párrafo segundo que

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

- ✧ La remisión a los Pliegos no es sino la consecuencia del valor que tiene el pliego respecto de todo contrato administrativo.
- ✧ Típicos ejemplos de normativa que regularía la implantación de estas zonas serían la referente a las condiciones de ubicación de las estaciones de servicio o sobre el establecimiento de grandes superficies comerciales.
- ✧ Respecto a la referencia a la “legislación o el planeamiento urbanístico” debemos poner en relación este artículo 223.1 con la Disposición adicional tercera:

“ Los proyectos de obras públicas de interés general se remitirán a la Administración urbanística competente, al objeto de que informe sobre la adaptación de dichos proyectos al planeamiento urbanístico (...)

En el supuesto de que tales obras vayan a construirse sobre terrenos no reservados por el planeamiento urbanístico, y siempre que no sea posible resolver las eventuales discrepancias mediante acuerdo, de conformidad con la normativa de aplicación, la decisión estatal respecto a la ejecución del proyecto prevalecerá sobre el planeamiento urbanístico, cuyo contenido deberá acomodarse a las determinaciones de aquella”.

La implantación de las actividades (Cont.)

- ✧ Prevalencia del proyecto de obra pública de interés general sobre el planeamiento urbanístico.

Sometimiento de las actividades complementarias al planeamiento urbanístico.

- ✧ En diferentes artículos de la Ley se regula el procedimiento previo a la implantación de estas zonas complementarias de explotación comercial en las concesiones de obra públicas.
- ✧ El artículo 227.2.g) relativo al **estudio de viabilidad** establece que dicho estudio comprenderá entre otros aspectos *“el sistema de financiación propuesto”*, mención que abre la posibilidad a que ya en la fase de estudio informativo se incluya la previsión de establecer zonas complementarias de explotación comercial.
- ✧ En **fase de anteproyecto**, la mención en el mismo a las zonas complementarias de explotación comercial resulta ya obligada por previsión expresa del artículo 228.2.d), que se refiere a que al detallarse la “forma de financiación” de la obra se incluirá, “en su caso, la incidencia o contribución en ésta de los rendimientos que pudieran corresponder a la zona de explotación comercial”.

La implantación de las actividades (Cont.)

- ✧ En lo que concierne al **pliego de cláusulas administrativas particulares**, el artículo 230.1.a) del TRLCAP establece que los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de concesión de obras públicas deberán contener la “definición del objeto del contrato (...) en su caso, determinación de la zona complementaria de explotación comercial.
- ✧ Dentro del plan económico-financiero de la concesión, que se incluirá en las proposiciones de los licitadores, debe ser objeto de consideración específica la incidencia 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 (art. 233.1.d)
- ✧ La pérdida de beneficios procedentes de las ZCEC queda comprendida en el riesgo y ventura que debe soportar el concesionario, quien no tendrá derecho a resarcirse de ello solicitando la revisión de las variables a que se refiere el art. 233.1.d).
- ✧ Cuando el concesionario rebase ese umbral mínimo de rendimientos en términos que justifiquen el mantenimiento del equilibrio económico financiero en beneficio de la Administración concedente podrá procederse a la revisión de los elementos citados del art. 233.1.d (art. 248).

La implantación de las actividades (Cont.)

- ✧ Un interesante problema que puede plantearse al valorar las proposiciones de los licitadores es el de si, no estando prevista en el pliego la implantación de zonas complementarias de explotación, estos pueden ofertarlas y, en tal caso, si podrían ser valoradas como mejoras. El artículo 234.3 del TRLCAP establece:
“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”.
- ✧ Sin embargo, y pese a la amplitud de dicho artículo, se estima que **el concepto de “mejora” no alcanza a la implantación de zonas complementarias por la propia iniciativa del licitador.**
- ✧ Igualmente, puede plantearse el caso de si las zonas complementarias de explotación comercial pueden incorporarse a la concesión de obras públicas una vez otorgada ésta.
 - Se estima que, a falta de una solución legal expresa, dicha cuestión debe resolverse en el marco que ofrece la prerrogativa de modificación de las concesiones de obras públicas (artículo 250 del TRLCAP), de cuyo tenor literal parece que debe entenderse vedada tal posibilidad: Conforme al 250.3, *“las modificaciones que, por sus características físicas y económicas, permitan su explotación independiente, serán objeto de nueva licitación para su construcción y explotación”*; cualidades ésas que pueden referirse a las zonas complementarias de explotación comercial que, por definición, han de ser “susceptibles de un aprovechamiento económico diferenciado”.

Las zonas complementarias de explotación comercial. Explotación

- ✧ Las correspondientes zonas o espacios quedarán sujetos al principio de unidad de gestión y control de la Administración pública concedente y serán explotados conjuntamente con la obra por el concesionario directamente o a través de terceros en los términos establecidos en el pliego de la concesión. (art. 223.1 paraf 3)
- ✧ La unidad de gestión resalta el que las ZCEC se integran en la concesión de obras públicas.
- ✧ En lo que concierne al control el art. 249.1.f) incluye como prerrogativa de la Administración 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 concesión.
- ✧ El ejercicio de esta potestad de vigilancia en las ZCEC puede entrar en conflicto con las competencias autonómicas y locales en materia de industria o defensa de los consumidores y usuarios. No se excluye éstas.

Las zonas complementarias de explotación comercial. Explotación (cont.)

- ✧ El recurso a los terceros para la explotación de las ZCEC deberá regirse por lo dispuesto en el art. 237.2 sobre procedimientos de adjudicación de los contratos celebrados por el concesionario con terceros.
- ✧ No serán terceros respecto a la sociedad concesionaria las empresas que, aunque con personalidad jurídica diferente, sean empresas vinculadas de acuerdo con lo dispuesto en el art. 234.
- ✧ Se permite la titulización de los ingresos obtenidos por el concesionario con la explotación de la ZCEC. Sólo el concesionario y no los que han contratado con él la explotación de las ZCEC está facultado para emitir valores. (ello es así porque el art. 254 sólo se refiere al concesionario como emisor de títulos).
- ✧ La ZCEC puede verse afectada por la constitución de una hipoteca en el caso de que el acreedor hipotecario ejerza la facultad del art.256.3.b)

Efectos de la extinción de la concesión sobre las zonas complementarias

- ✧ El artículo 262.1 del TRLCAP establece que,

“extinguida la concesión, revertirán a la Administración la obra pública concedida, las zonas complementarias anexas y los bienes e instalaciones incluidos en las zonas de explotación comercial, si las hubiera, en los términos regulados en los artículos siguientes”.
- ✧ Merece destacarse que, al regularse la reversión por expiración del plazo en el contrato de concesión de obras públicas, no se ha recogido la cautela incluida en el artículo 164.2 de la misma Ley para el contrato de gestión de servicios públicos, relativa a la obligación de fijar en el pliego “un período prudencial anterior a la reversión” durante el que la Administración titular del servicio está facultada para adoptar “las disposiciones encaminadas a que la entrega de los bienes se verifique en las condiciones convenidas”.

No obstante, se estima que el que una norma similar no haya sido recogida, ello no debe significar que esté vedada al pliego la posibilidad de incluir una mención como la prevista en el artículo 164.2 del TRLCAP, cuando ello se estime conveniente para garantizar el cumplimiento de las condiciones que para la entrega se establecen en el artículo 262 del TRLCAP.

Efectos de la extinción de la concesión sobre las zonas complementarias (Cont.)

- ✧ Por lo demás, los efectos que respecto de estas zonas complementarias produce la resolución del contrato se regulan en el artículo 266.5 del TRLCAP:

“El órgano de contratación podrá acordar también, como consecuencia de la resolución de la concesión, la resolución de los contratos otorgados por el concesionario para el aprovechamiento de las zonas complementarias de explotación comercial, abonando la indemnización que en su caso correspondiera. Esta indemnización será abonada con cargo al concesionario cuando la resolución se produjera como consecuencia de causa imputable a éste. Cuando no se acuerde la resolución de los citados contratos, los titulares de los derechos de aprovechamiento seguirán ejerciéndolos, quedando obligados frente al órgano de contratación en los mismos términos en que lo estuvieran frente al concesionario, salvo que se llegara, de mutuo acuerdo, a la revisión del correspondiente contrato”.

En definitiva, se permite al órgano de contratación optar entre la resolución de los contratos otorgados por el concesionario o subrogarse en la posición de éste.

Efectos de la extinción de la concesión sobre las zonas complementarias (Cont.)

- ✧ En el caso de que se opte por la primera solución, un problema procedimental que puede plantearse es el de si en el expediente para la resolución del contrato de concesión debe oírse preceptivamente a los titulares de los derechos sobre las zonas complementarias (cuyos contratos podrían quedar resueltos). Literalmente entendido el artículo 59 del TRLCAP (norma general de referencia en estos expedientes para la resolución de contratos) no sería necesario otorgar dicho trámite de audiencia a los titulares de las zonas complementarias.

Sin embargo, la cualificada posición que ocupan estos titulares en el contrato concesional (sus derechos forman parte de la concesión) junto con una interpretación sistemática del concepto de interesados contenido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, parece que avalarían la **solución favorable al otorgamiento del trámite de audiencia en el expediente de resolución del contrato concesional a quienes, como consecuencia de ello, pueden perder los derechos que ostentaban sobre las zonas complementarias integradas en la concesión misma.**

La Concesión de obra pública y la construcción de obra pública diferenciada. La Financiación cruzada

- ✧ El art. 226 prevé la posibilidad de que el concesionario asuma como una obligación más la de construir una o varias obras distintas a la que es objeto de principal de la concesión.
- ✧ El uso de tales obras no está sujeto a remuneración
- ✧ Las referidas obras han de guardar una relación funcional con la obra que es objeto de concesión e incidencia en su explotación (p. ej, un aeropuerto y las vías de acceso al mismo).
- ✧ El pliego ha de determinar claramente la parte objeto de remuneración de la que no lo es.
- ✧ Debe descartarse la posibilidad de que el pliego deje a los licitadores un margen de discrecionalidad para que sean ellos mismos los que determinen la parte sujeta o no a remuneración.

La Concesión de obra pública y la construcción de obra pública diferenciada. La Financiación cruzada (cont.)

- ✧ Entendemos que tampoco sería admisible que las obras públicas diferenciadas sean ofertadas como mejoras del anteproyecto (art.228.5) (sería contrario a la valoración homogénea de las ofertas, se vulneraría el principio de publicidad, que todos los licitadores conozcan las obras cuya licitación se trata).
- ✧ Las obras públicas diferenciadas han ser competencia de la Administración concedente. Se podría plantear la posibilidad de que por vía de un convenio de colaboración una Administración acepte integrar en su concesión las obras diferenciadas que son competencia de otra?.

La Concesión de obra pública y la construcción de obra pública diferenciada. La Financiación cruzada (cont.)

- ✧ Se vulnerarían los límites establecidos en los arts. 101 y 250 del TRLCAP el empleo de la prerrogativa de la modificación para integrar en el régimen de explotación de la concesión de obras construidas inicialmente como obras públicas diferenciadas (se pasaría a explotar una concesión sustancialmente distinta de la que inicialmente se licitó, con infracción de los principios de concurrencia e igualdad que son los límites de dicha prerrogativa).
- ✧ La financiación cruzada supone que a través de la obra principal, es decir, la que es objeto de la concesión, por la que el concesionario tiene derecho a percibir una retribución, las tarifas por la utilización de las mismas servirán para financiar las otras obras.

Financiación de las obras Públicas

- ✧ Corresponde a la Administración concedente la determinación del sistema de financiación así como de retribución del concesionario, que lo fijará atendiendo a:
 - Objetivos de estabilidad presupuestaria y racionalización en la inversión de recursos económicos.
 - La naturaleza de las obras.
 - La significación de éstas para el interés público.
- ✧ Las obras públicas objeto de concesión serán financiadas, total o parcialmente, por el concesionario que, en todo caso, asumirá el riesgo en función de la inversión realizada.
- ✧ Cabe financiación total del concesionario o bien parcialmente a través de financiación de terceros, terceros que pueden ser tanto la Administración como particulares.
- ✧ Es posible la compatibilización entre la financiación privada y la pública.
- ✧ El concesionario deberá separar contablemente los ingresos provenientes de las aportaciones públicas y aquellos otros procedentes de las tarifas abonadas por los usuarios de las obras y, en su caso, los procedentes de la explotación de la zona comercial.

Financiación de las obras Públicas. Financiación privada.

- ✧ El capítulo IV del nuevo Título V del TRLCA contempla la financiación privada. Comprende las siguientes 4 secciones:
 - 1ª Emisión de títulos por el concesionario (arts. 253 y 254)
 - 2ª Hipoteca de la Concesión. (arts. 255 a 258)
 - 3ª Otras Fuentes de Financiación (créditos participativos) (art.259)
 - 4ª Orden Jurisdiccional.
- ✧ Asimismo, fuera del capítulo IV el art. 224.2 se contemplan los préstamos o créditos con entidades de crédito.
- ✧ Otros medios de financiación privada distintos de los anteriores previa autorización del órgano de contratación.
- ✧ La financiación privada es un gran atractivo porque puede suponer la posible movilización del capital invertido que no tiene por qué quedar necesariamente congelado.

Financiación de las obras públicas. Financiación privada. La emisión de títulos por el concesionario.

- ✧ El concesionario puede acudir al mercado de capitales, tanto exterior como interior, mediante la emisión de toda clase de obligaciones, bonos u otros títulos semejantes admitidos en derecho. Requisitos:
 - Comunicación (NO autorización), de la emisión en el plazo de un mes desde la fecha de la correspondiente emisión.
 - Emitir título cuyo plazo de reembolso, ya sea total o parcial, finalice en fecha posterior a la de duración del contrato de concesión.
- ✧ Asimismo también es posible emitir valores que representen una participación en uno o varios de los derechos de crédito del concesionario (cobro de tarifas, explotación de los elementos comerciales, ingresos de las aportaciones de la Administración). Requisitos:
 - Autorización administrativa previa del órgano de contratación cuyo otorgamiento sólo podrá denegarse cuando el buen fin de la concesión u otra razón de interés público relevante lo justifiquen??. Plazo de 1 mes. Silencio negativo.

Financiación de las obras públicas. Financiación privada. La emisión de títulos por el concesionario

- ✧ Se ofrece un gran seguridad jurídica a los tenedores de los citados títulos a través de los siguientes mecanismos:
 - Los créditos incorporados a esos valores tendrán el carácter de separables en caso de quiebra del concesionario y los tenedores de los valores ocuparán el mismo lugar en la prelación que el acreedor hipotecario con respecto a los créditos incorporados.
 - Se prevén los efectos para el supuesto de resolución del contrato, diferenciando si ésta es o no imputable al concesionario.

- ✧ Si la Resolución es por causa imputable al concesionario, y siempre que los acreedores no hayan obtenido el reembolso correspondientes a sus títulos, el art. 254.4 da discrecionalidad a la administración para que opte por alguna de las 2 siguientes actuaciones:
 - Siempre que la causa no sea alguna de las previstas en el art. 264.b, con excepción de la suspensión de pagos, la Administración podrá acordar el secuestro de la concesión a los únicos efectos de satisfacer los derechos de los acreedores y, por tanto, sin que el concesionario pueda recibir ingreso alguno.

Financiación de las obras públicas. Financiación privada. La emisión de títulos por el concesionario

- Resolver la concesión, intentando un acuerdo al Administración con el representante de los acreedores sobre la cuantía de la deuda y las condiciones de amortización. Si no se llega a un acuerdo la Administración queda liberada con la puesta a disposición de los acreedores de la menor de las siguientes cantidades:
 - El importe de la indemnización que le pueda corresponder al concesionario por la resolución del contrato.
 - La diferencia entre el valor nominal de la emisión y las cantidades percibidas hasta el momento de la resolución de la concesión tanto en concepto de intereses como de amortizaciones parciales.
- ✧ Si la resolución del contrato no es por causa imputable al concesionario, e igualmente los acreedores no hayan obtenido el reembolso correspondiente a sus títulos, la Administración puede optar por los mismos dos supuestos anteriores con una diferencia en la segunda opción :
 - Si no se llega a un acuerdo la Administración queda liberada con la puesta a disposición de la diferencia entre el valor nominal de su inversión y las cantidades percibidas hasta el momento de resolución de la concesión tanto en concepto de intereses como de amortizaciones parciales.



Financiación de las obras públicas. Financiación privada. La Hipoteca de la Concesión.

- ✧ Se contiene la regulación más amplia y detallada que ha existido nunca sobre las hipotecas de las concesiones.
- ✧ Las concesiones de obras públicas con los bienes y derechos que lleven incorporados serán hipotecables conforme a la legislación hipotecaria, previa autorización del órgano de contratación.
- ✧ Las solicitudes de autorización se resolverán en el plazo de un mes. Se entienden desestimadas si no se resuelven y notifican en ese plazo. (porque puede significar la constitución de derechos particulares sobre bienes demaniales)
- ✧ No se admitirá la hipoteca de concesiones de obras públicas en garantía de deudas que no guarden relación con la concesión correspondiente. (de otro modo se subordinarán los intereses públicos a un interés exclusivamente particular).

Financiación de las obras públicas. Financiación privada. La Hipoteca de la Concesión (cont.)

- ✧ La Ley trata de la “realizabilidad” de la Hipoteca, ya que normalmente recaerá no tanto sobre los bienes y derechos que las integran o las sirven de soporte (132.1 CE, 931 Ccom), sino sobre sus rendimientos líquidos.
- ✧ Se pretende articular mecanismos que intenten compensar al acreedor hipotecario por los mayores riesgos que asume si su crédito sólo resulta resarcible con cargo a unos rendimientos líquidos que, a veces, podrán no existir y, casi siempre, adolecerán de cierta insuficiencia o, en numerosas ocasiones, podrán no ser determinables con la antelación y certeza deseables.
- ✧ Los instrumentos protectores del art 256.1 y 2:
 - Resolución sobre la existencia efectiva de grave deterioro de la concesión por causa imputable al concesionario.
 - Orden a éste de hacer o no hacer lo que proceda para evitar el daño.
 - Posibilidad de que el acreedor satisfaga directamente algunas de las obligaciones cuyo incumplimiento constituyera causa de resolución.

Financiación de las obras públicas. Financiación privada. La Hipoteca de la Concesión (cont.)

- ✧ Tratan de atribuir al acreedor hipotecario algunas facultades para que, durante la vida de la concesión y antes incluso del vencimiento de la deuda garantizada, pueda, pasando siempre por el control regulado en la autorización administrativa previa o contando con la actuación propia de la Administración concedente, influir eficazmente en la marcha del negocio concesional al objeto de que no se perjudique su crédito y no sea necesario tampoco llegar a la ejecución hipotecaria.
- ✧ El acreedor hipotecario es considerado como un interlocutor especialmente cualificado.

Financiación de las obras públicas. Financiación privada. La Hipoteca de la Concesión (cont.)

- ✧ El mecanismo de protección del art. 256.3 es para antes de promover la ejecución de la hipoteca y siempre que constara en la correspondiente escritura de constitución de la hipoteca.
 - Solicitar la asignación directa de la amortización de la deuda del porcentaje, o cuantía que se determine, de los ingresos que por cualquier concepto se perciban por el concesionario.
 - Que se disponga la explotación directa por el acreedor durante un determinado período de tiempo todas o de parte de las zonas complementarias de explotación comercial.

- ✧ Se trata de proteger no sólo al acreedor hipotecario para ahorrarle un complicado e incierto procedimiento de ejecución, sino también el interés público permitiendo la continuidad de la concesión misma para garantizar la prestación ininterrumpida del servicio.

Financiación de las obras públicas. Financiación privada. La Hipoteca de la Concesión (cont.)

- ✧ La ejecución hipotecaria introduce un breve procedimiento administrativo previo de carácter preventivo para garantizar la idoneidad como concesionario de todo aquél que pretendiese participar en el correspondiente procedimiento de ejecución (arts. 257.1 y 2)
- ✧ Si la subasta culminase con un adjudicatario autorizado tras el correspondiente remate, el procedimiento quedaría finalizado.
- ✧ Si quedase desierta, se han previsto 2 posibilidades iniciales que se desprenden de la lectura conjunta del art. 258.2 y art.257.3:

Financiación de las obras públicas. Financiación privada. La Hipoteca de la Concesión (cont.)

- ✧ En primer lugar, habría que estar a lo prevenido en el art. 258.2. Es decir, finalizada la primera subasta sin éxito y en la que ha podido participar el propio acreedor hipotecario, la ley, con el fin de proteger al máximo el crédito hipotecario y el principio de conservación de la concesión, aún abre una 2ª posibilidad de subasta doblemente restringida:
 - Solo pueden concurrir los titulares de derechos p cargas inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad sobre la concesión.
 - La resolución de la concesión hubiera procedido por causa imputable al propio concesionario.
- ✧ En segundo lugar, si la subasta quedara ya definitivamente desierta o si ningún interesado hubiera obtenido la preceptiva autorización administrativa previa, entraría en juego el art. 257.3. La Administración concedente podrá optar por alguna de las siguientes actuaciones en el supuesto que el acreedor hipotecario no opte por el ejercicio del derecho del art. 671 de la LEC (Solicitud de adjudicación de los bienes por el 50% de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos)



Financiación de las obras públicas. Financiación privada. La Hipoteca de la Concesión (cont.)

- ✧ Acordar el secuestro de la concesión conforme a lo previsto en el artículo 251 sin que el concesionario pueda percibir ingreso alguno. Se dará trámite de audiencia al acreedor hipotecario para ofrecerle la posibilidad de proponer un nuevo concesionario. Si la propuesta no se produjera o el candidato propuesto no cumpliera los requisitos exigibles conforme a lo establecido en el apartado anterior, se procederá a la licitación de la misma concesión en el menor plazo posible.
- ✧ Resolver la concesión y, previo acuerdo con los acreedores hipotecarios, fijar la cuantía de la deuda y las condiciones en que deberá ser amortizada. A falta de acuerdo, la Administración quedará liberada con la puesta a disposición de los acreedores del importe de la indemnización que correspondiera al concesionario por aplicación de lo previsto en el artículo 266

Financiación de las obras públicas. Financiación privada. La Hipoteca de la Concesión (cont.)

- ✧ Si pese a las numerosas posibilidades el final del proceso condujera a la resolución anticipada de la concesión, la ley no deja de proteger al máximo posible los derechos de los titulares de cargas inscritas o anotadas sobre la concesión a través de las reglas del art. 258.1.
- ✧ La protección de estos acreedores se concreta tanto en el expediente administrativo de resolución para que los titulares de cargas inscritas se enteren de su existencia y puedan ser oídos en el mismo, como en el procedimiento a seguir en el Registro,
 - 1º para que quede constancia registral de que se ha iniciado un procedimiento de resolución de la concesión y
 - 2º, para que la cancelación de los asientos practicados a favor de los titulares de cargas registrales no sea posible hasta que haya resolución administrativa firme sobre la resolución y sobre todo, hasta que dichos titulares hayan tenido la oportunidad de resarcirse en virtud del derecho preferente al cobro de sus créditos.

Financiación de las obras públicas. Financiación privada. Los créditos participativos

- ✧ Se podrán solicitar tales créditos tanto para la financiación de la construcción y explotación como únicamente ésta última.
- ✧ La participación del prestamista lo será únicamente en los ingresos del concesionario.
- ✧ Se admite la amortización anticipada del capital prestado en las condiciones que se pacten en beneficio de la libertad o autonomía del contratista.
- ✧ Cuando sea la Administración la que otorgue un crédito de estas características se invierte la regla anterior, salvo pacto expreso en contrario el concesionario no podrá amortizar anticipadamente el capital prestado.(una amortización anticipada que no implicara el abono del valor presente de los beneficios futuros esperados, perjudicaría el legítimo interés público en la participación en unos beneficios a cuya generación a contribuido con aportación de capital público.

Financiación de las obras públicas. Financiación privada. Los créditos participativos (cont.)

- ✧ La obtención del crédito participativo sólo requiere de comunicación al órgano de contratación en el plazo máximo de un mes desde la fecha de concesión. (menor compromiso en la concesión que una hipoteca).
- ✧ No se determinan expresamente cuáles son los supuestos excepcionales en que las Administraciones podrán contribuir a la financiación con créditos participativos.

Financiación de las obras públicas. Financiación pública.

- ✧ 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, la Administración podrá también aportar recursos públicos para su financiación. (art 224)
- ✧ Por una parte las razones de rentabilidad económica o social pueden justificar el establecimiento de una infraestructura, p.ej las de transporte, por su incidencia en el desarrollo regional.
- ✧ Por otra parte las necesidades de atender a una finalidad pública concreta, p.ej el suministro de agua a una población.
- ✧ Bajo la expresión interés general cualquier circunstancia que legitime una intervención pública en beneficio de los ciudadanos de acuerdo con los criterios del 103 de la CE.

Financiación de las obras públicas. Financiación pública (cont.)

- ✧ Adoptará la forma de financiación conjunta de la obra, mediante aportaciones dinerarias o no dinerarias, subvenciones o préstamos reintegrables, con o sin interés, o préstamos participativos de acuerdo con lo establecido en el art. 236 y en la sección 2ª del capítulo III de esta Ley (arts 245 y 247 aportaciones públicas a la construcción y explotación de la obra respectivamente) y de conformidad con las previsiones del correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares. (art. 224)
- ✧ En todo caso debe respetarse el principio de asunción de riesgo por el concesionario. Es difícil cuantificar el porcentaje de ayuda pública admisible para no desvirtuar la concesión. (El consejo de Estado francés señala que debe existir un mínimo de un 30% de financiación privada para la construcción de la obra para estar ante un CCOP).

Ayuda financiera a la construcción

- ✧ Si la ayuda de la Administración se traduzca en la financiación parcial de la obra, el apartado 2 del artículo 236 se remite a los “términos pactados” para su abono, ofreciendo la alternativa de que la ayuda se produzca:
 - durante su ejecución
 - cuando la obra se encuentre ya concluida.

- ✧ Estaríamos ante un supuesto en que corresponde al concesionario la realización de la obra- sin perjuicio de que pueda confiarse a un tercero- percibiendo, según estipule el contrato, bien a lo largo de su ejecución un determinado porcentaje de la ayuda pública, bien, a la finalización de la misma, el total de la ayuda, sin que deban excluirse fórmulas intermedias.

Ayuda financiera a la construcción (Cont.)

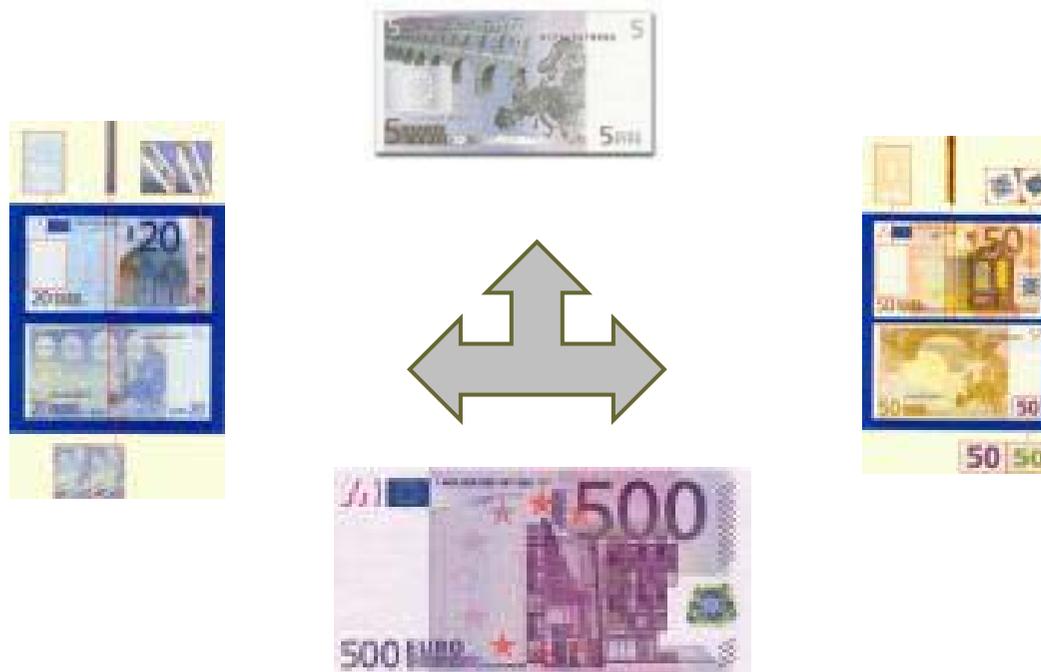
- ✧ Aportación de la **ayuda pública durante la ejecución de las obras**, el art. 236.2 TRLCAP contiene una remisión al artículo 145 de la LCAP sin mayores precisiones.

Ante el silencio de la norma cabe interpretar que, por tanto, cabría vincular parte de la ayuda al *“importe por las operaciones preparatorias realizadas (instalaciones, acopio de materiales o maquinaria), mediando la necesaria prestación de garantía”* y el resto a la ejecución de las propias obras.

En este último supuesto, y habida cuenta que la obra no se realiza directamente por la Administración, las correspondientes certificaciones mensuales de la obra ejecutada, si se quiere aplicar estrictamente el artículo 145 citado, deberán ser expedidas por la propia Administración concedente, circunstancia ésta que le obligaría a un seguimiento de la ejecución de la obra no siempre posible y en oportunidades inconveniente, a pesar del control que el artículo 236.3 reserva al órgano de contratación.

Ayuda financiera a la construcción (Cont.)

- ✧ Sobre la **posibilidad de abonar una fracción de la ayuda pública o su totalidad al final de la obra**, el artículo 245.1, referente a las aportaciones públicas a la construcción de la obra, se remite a la aplicación de la normativa sobre contratos de obra bajo la modalidad de abono total del precio, pero pareciendo excluir el fraccionamiento del importe que debe satisfacerse una vez concluida la obra.



Aportaciones a la explotación de la obra

- ✧ Junto a las anteriores aportaciones públicas, el artículo 247 prevé el otorgamiento de diversas aportaciones con el fin de garantizar la viabilidad económica de la explotación de la obra, inspirándose en buena medida en la experiencia concesional.
- ✧ En primer lugar, se mencionan las **subvenciones al precio**. Si bien la medida puede resultar popular por su abaratamiento en el precio final a abonar por los usuarios, lo cierto es que no puede desdeñarse la importancia del coste de la medida para las arcas públicas.
- ✧ En segundo lugar, las aportaciones públicas pueden consistir en *“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”*.
- ✧ El régimen de aportaciones públicas a la explotación de la obra se completa con e otorgamiento de *“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”*.
- ✧ Finalmente, ha de indicarse que todo este régimen ha de interpretarse a la luz del principio de asunción del riesgo por el concesionario, por lo que estas aportaciones deben utilizarse con carácter excepcional.

El riesgo concesional

El riesgo concesional

El concesionario asume el compromiso de ejecutar y explotar la obra

Principio de riesgo y ventura únicamente minorado en los supuestos de fuerza mayor

El concesionario depende de los ingresos que obtenga por las tarifas que cobre a los usuarios
Cabe la existencia de otras aportaciones públicas en forma de precio, que nunca pueden eliminar el riesgo asociado a la explotación de la obra

Esta financiación pública cabe en la fase de construcción de la obra y en la explotación



El equilibrio económico concesional

**EQUILIBRIO
ECONÓMICO
CONCESIONAL**

Conjunto de
elementos que, de acuerdo
con el plan económico
financiero propuesto por el
contratista y aceptado por la
Administración, estructura
financieramente el contrato

NOVEDAD: restablecimiento
a favor del concesionario y
también a favor de la
Administración

El restablecimiento del equilibrio económico del contrato

CAUSAS DE RUPTURA

FUERZA MAYOR

- ✧ Determinación de forma directa de una ruptura sustancial de la economía de la concesión (requisito tomado de la doctrina del riesgo imprevisible)

- ✧ Causas del 144 del TRLCAP

IUS VARIANDI

- ✧ Modificación, por razones de interés público, las condiciones de explotación de la obra

FACTUM PRINCIPIS

- ✧ Actuación de la Administración que incide de forma directa sobre el contrato y de forma trascendente para su cumplimiento

PREVISIONES EN EL PROPIO CONTRATO

- ✧ Especialidad con los rendimientos derivados de la explotación de la zona comercial: como elemento auxiliar de la obra pública, sólo operan en beneficio de los usuarios.

RIESGO IMPREVISIBLE

- ✧ Teoría surgida en el derecho privado (rebus sic stantibus).

El restablecimiento del equilibrio económico del contrato (Cont.)

✧ Riesgo imprevisible

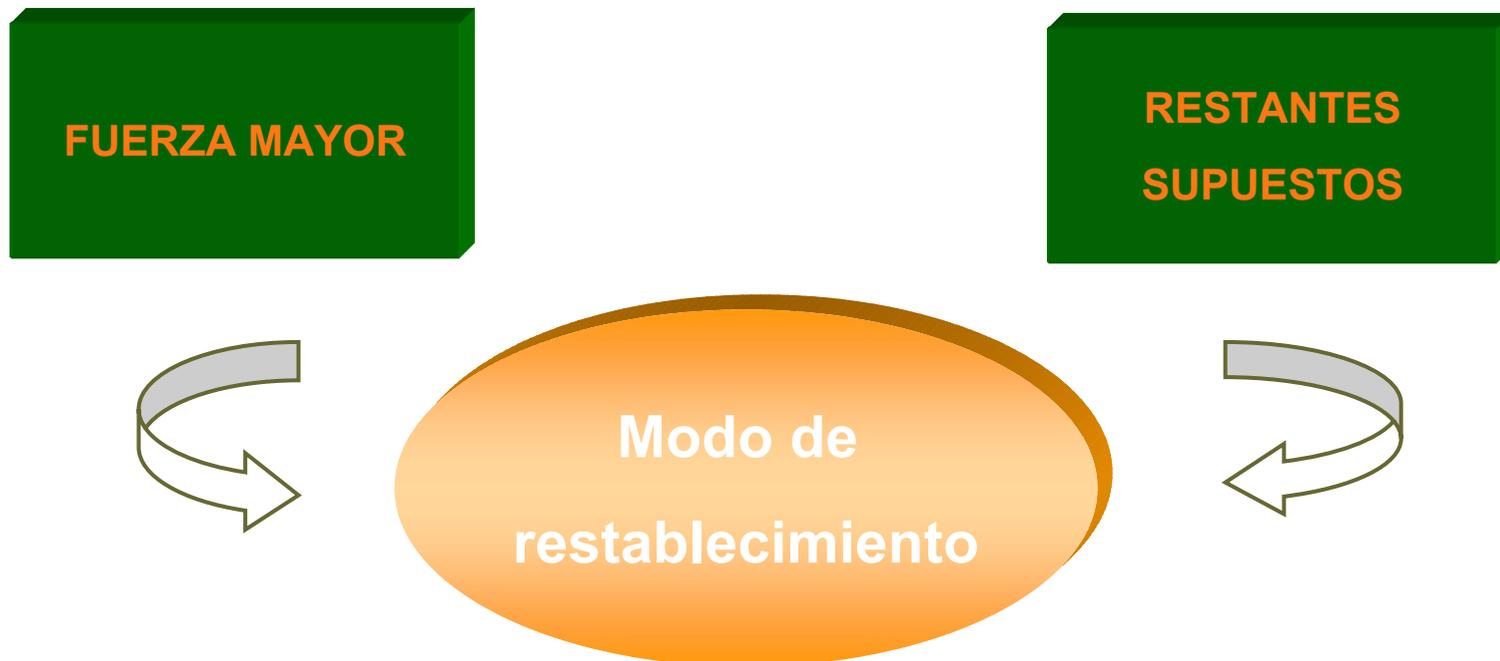
○ Requisitos exigidos para su aplicación:

- Que los hechos que han subvertido la economía de la concesión no se hubieran previsto en el momento de la conclusión, así como su acaecimiento fuera realmente imprevisible para las partes contratantes.
- Que tales hechos sean enteramente independientes de la conducta o buena o mala gestión de la Administración contratante o del contratista.
- Que los hechos citados hayan ocasionado una alteración grave de la economía del contrato.
- Que opere en sentido bidireccional, en beneficio de cualquiera de las partes del contrato.
- Que las partes coparticipen en las consecuencias negativas derivadas del cambio de circunstancias.



El restablecimiento del equilibrio económico (Cont.)

- ✧ Sistema abierto, permitiendo la modificación de cualquier cláusula de contenido económico del contrato a través de la cual sea factible recomponer el equilibrio contractual dañado. Ahora bien, la decisión de la Administración no debe ser en ningún caso arbitraria sino conforme a los intereses públicos, lo cual puede ser objeto de control a través del recurso correspondiente.



El restablecimiento del equilibrio económico (Cont.)



Extinción de la concesión

- ✧ La Ley agrupa en el artículo 261.1 las causas de extinción en dos grandes grupos:
 - El primero, el que se produce de una forma automática e inexorable por el transcurso del plazo por el que fueron otorgadas, incluidas en su caso las prórrogas, constituyendo, de esta forma, el plazo de duración de las concesiones una auténtica condición objetiva de la licitación.
 - El segundo gran grupo de causas de extinción se agrupa bajo la denominación genérica de “resoluciones de las concesiones” y agrupa supuestos ya imputables al concesionario ya imputables a la Administración.
- ✧ La diferencia fundamental entre ambas clases radica en que, mientras la extinción por cumplimiento del plazo se produce de una forma automática y “objetiva”, la extinción por resolución requiere un procedimiento que se puede iniciar de oficio o a instancia del concesionario y en todo caso se acordará por el órgano de contratación.
- ✧ Precisamente por ello, los efectos de la extinción por cumplimiento se producen de forma automática y en caso de resolución, una vez acordada ésta, los efectos serán distintos según la causa imputable de la resolución lo sea al concesionario o a la Administración.

Extinción por cumplimiento



Extinción por resolución

✧ Son **causas de resolución**, además de las generales:

- La demora en la comprobación del replanteo
- La suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a 6 meses por parte de la Administración
- El desistimiento o la suspensión de las obras por un plazo superior a 8 meses acordada por la Administración
- Los errores materiales que pueda contener el proyecto o presupuesto elaborado por la Administración que afecten al presupuesto de la obra, al menos, en un 20%
- Las modificaciones en el contrato, que impliquen variaciones del precio del contrato superiores al 20% del precio primitivo del contrato, con exclusión del IVA, o representen una alteración sustancial del proyecto inicial.

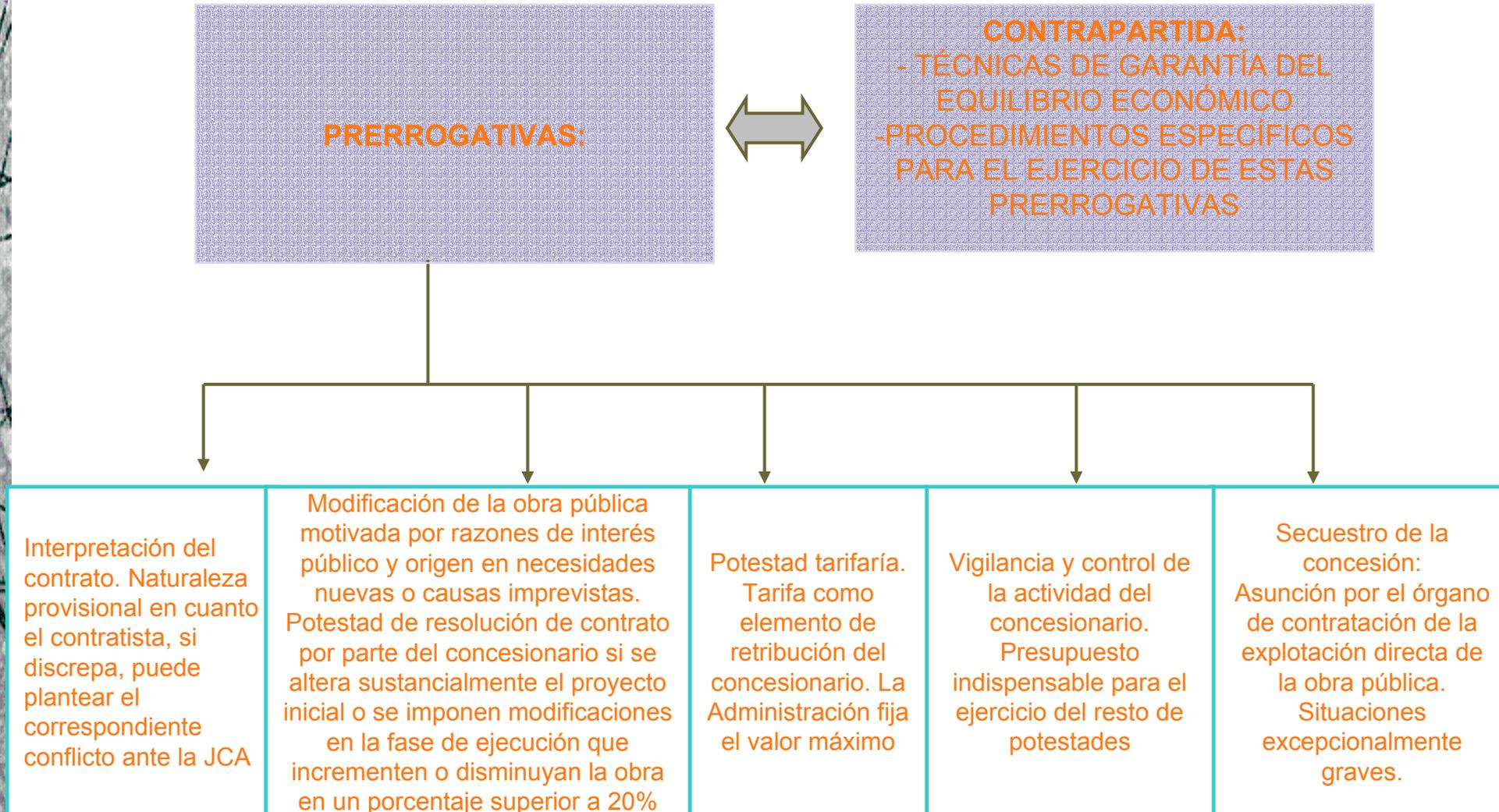
Extinción por resolución (Cont.)

✧ Efectos de la resolución:

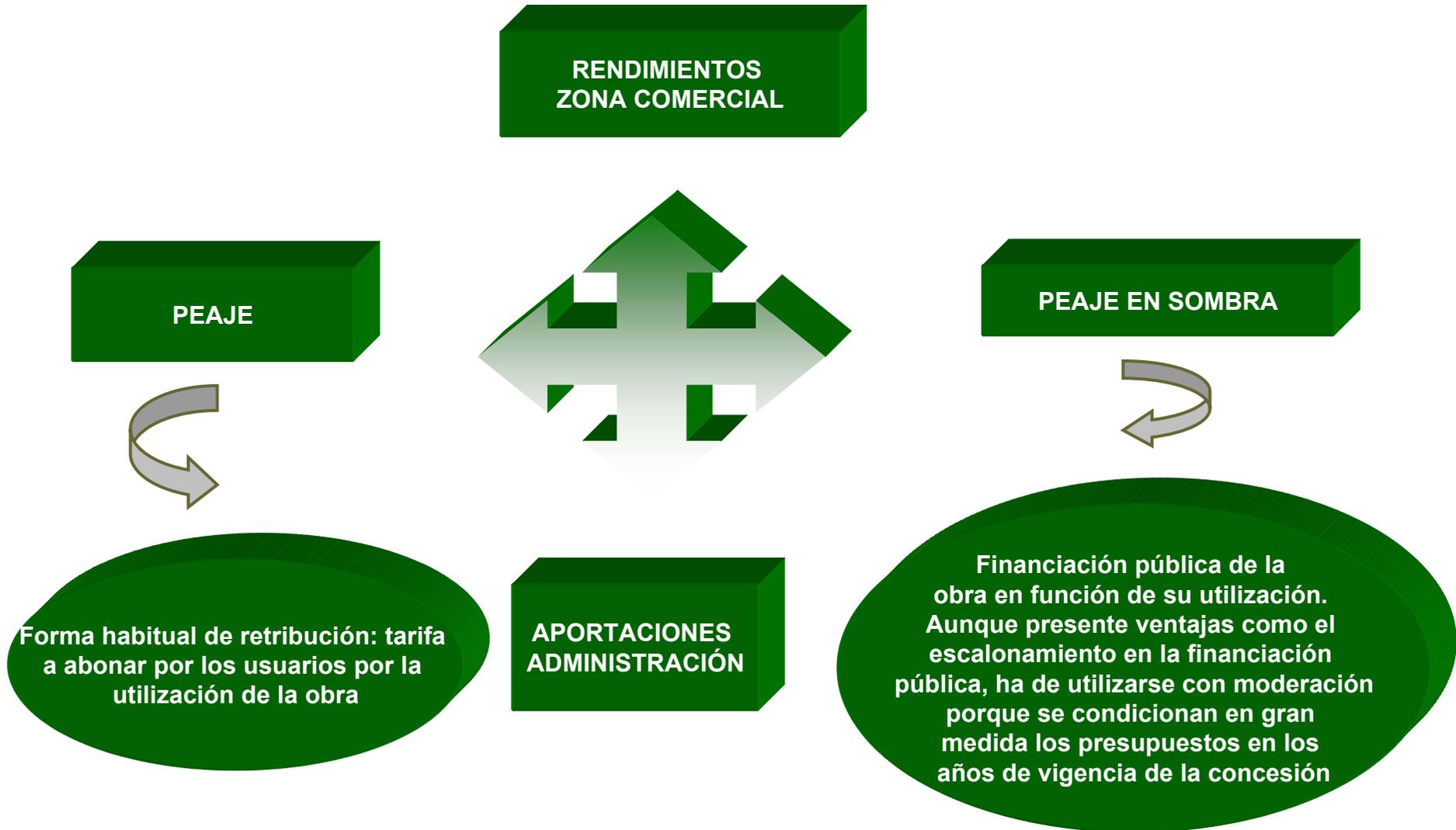
- Comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas conforme al proyecto
- Demora en el replanteo: únicamente indemnización del 2% del precio de adjudicación
- Suspensión de la iniciación de las obras: indemnización del 6% de las obras dejadas de realizar



Prerrogativas y derechos de la Administración



Retribución por la utilización de la obra



Retribución por utilización de la obra.

- ✧ Bajo el principio de asunción del riesgo por el concesionario el art. 225 señala los distintos modos de retribución al concesionario:
 - ❑ Precio abonado por los usuarios
 - ❑ Precio abonado por la Administración (peaje-sombra)
 - ❑ Rendimientos procedentes de la zona comercial.
 - ❑ Aportaciones de la Administración

Retribución por utilización de la obra. Tarifas de los Usuarios.

- ✧ La forma habitual de retribución son las tarifas a abonar por los usuarios.
- ✧ Las tarifas serán fijadas por el órgano de contratación en el acuerdo de adjudicación. Se debe tener en cuenta lo dispuesto en los arts. 230.1.e (pliego) y 233.1.d (proposición de los licitadores).
- ✧ No se especifican los conceptos que han de ser tenidos en cuenta en su determinación (costes de construcción y explotación, gastos financieros..) parece que de deberán tener en cuenta junto con el conjunto del sistema de financiación.
- ✧ Las tarifas tendrán el carácter de máximas y los concesionarios podrán aplicar tarifas inferiores cuando así lo estimen conveniente.

Retribución por utilización de la obra. Tarifas de los Usuarios (cont.)

- ✧ Las tarifas máximas no han de ser necesariamente uniformes para todos los usuarios ni para todos los momentos de utilización de la obra. (p.ej autopistas, tipo e vehículo y la franja horaria R-2).
- ✧ El procedimiento de revisión de las tarifas vendrá de terminado en el pliego. Cabe pensar en la utilización p.ej de la variación del IPC o evolución del grado de utilización.
- ✧ En la tramitación parlamentaria el grupo socialista propuso veto a la fijación de las tarifas por su dudosa constitucionalidad de acuerdo con la ley de tasas y precios públicos.
- ✧ La doctrina señala que al igual que en caso de la jurisprudencia sobre la potestad tarifaria en el contrato de gestión de servicio público, no estamos ante el ejercicio de la potestad tributaria por la utilización del dominio público, sino de una retribución del concesionario en un contrato que tiene firmado con la Administración. (STS 30 de abril de 2001)

Retribución por utilización de la obra. Peaje-Sombra

- ✧ El art. 246.4 prevé que la retribución por la utilización de la obra podrá ser abonada por la Administración teniendo en cuenta su utilización y en la forma prevista en el pliego.
- ✧ Se trata de la 1ª regulación a nivel estatal de lo que se ha venido denominando peaje-sombra, expresión derivada del Shadow-Toll inglés. (antecedentes en Madrid y Murcia)
- ✧ Consiste en la financiación pública de la obra en función de su utilización.
- ✧ El régimen se fijará en el acuerdo de adjudicación y abonadas en la forma que se determinen en los pliegos, en los que se recogerán igualmente los mecanismos de revisión, que podrán contener previsiones ligadas a la utilización de la obra similares a las tarifas a abonar por los usuarios.

Retribución por utilización de la obra. Peaje-Sombra

- ✧ Ventajas del Peaje-Sombra:
 - Escalonamiento en la financiación pública.
 - Limitación en su utilización a las infraestructuras rentables.
 - Fomenta la calidad en la construcción y conservación al trasladar los riesgos de su explotación al sector privado.
 - Posibilidad de obtener de forma inmediata infraestructuras sin desembolsar al tiempo el coste de las obras y sin las desventajas del coste social del peaje.

- ✧ No implica que se elimine el riesgo y ventura propio de la concesión, porque el pago se hace por la frecuentación; no es un seguro o un pago de la obra o de su explotación.

Retribución por utilización de la obra. Ingresos procedentes de la explotación de la zona comercial.

- ✧ El sistema de retribución se completa con los ingresos derivados de la explotación comercial, cuando ésta exista, en los términos del pliego (art. 246.5).
- ✧ De conformidad con lo dispuesto en los arts. 230.1.e) y 233.1.d) y lo que disponga el pliego, es la evolución de estos ingresos al alza por encima de determinados límites la que puede incidir en una rebaja de las tarifas y en los demás elementos económicos de la concesión y no al contrario.

Retribución por utilización de la obra. Aportaciones públicas a la explotación de la Obra.

- ✧ El art. 247 prevé el otorgamiento de diversas aportaciones públicas con el fin de garantizar la viabilidad económica de la explotación.
- ✧ Se señalan las subvenciones al precio, es decir, peaje-sombra parcial de lo que resulta un peaje-blando. (p.ej Rd Ley 6/1999 de 16 de abril)
- ✧ Si bien la medida puede resultar popular por el abaratamiento en el precio final a abonar por los usuarios, es muy notorio el coste de la medida. (en el presupuesto de 2003, 91.914.000 euros lo que limita las inversiones de fomento, RD Ley 18/199 de 5 de noviembre por el que se adoptan medidas urgentes referentes a la rebaja de las tarifas)

Retribución por utilización de la obra. Aportaciones públicas a la explotación de la Obra (cont.)

- ✧ Se contemplan además, 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 .
- ✧ Se han usado en nuestro país restrictivamente, p.ej sanear ATLÁNTICO y AUCALSA con el objeto de facilitar la terminación de las autopistas que gestionan.