

INTRODUCCION

El contenido del presente libro es el resultado de una inquietud compartida por distintos profesionales del sector de la obra pública. Dicha inquietud ha estado propiciada por la aparición de la Ley 13/2003, de 23 de mayo. Reguladora del contrato de concesión de obra pública, que reconoce un nuevo contrato administrativo típico.

En este sentido, el lector tiene en sus manos una serie de ponencias escritas que constituyen el resumen de sendas jornadas impartidas por sus autores y organizadas por la Sociedad Andaluza de Derecho de la Construcción, que me honro en presidir, en colaboración con los Ilustres Colegios de Abogados de Sevilla y Huelva; en diciembre de 2004 y marzo de 2005 respectivamente y bajo la denominación: “*La Ley 13/2003, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*”.

Justo es que desde estas líneas exprese mi más profundo agradecimiento, además de a los colaboradores de las jornadas ya referidos, a las entidades patrocinadoras: *ENTE PUBLICO DE FERROCARRILES DE ANDALUCIA (Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía)*; *EMPRESA PUBLICA DE PUERTOS DE ANDALUCIA (Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía)*; *FCC CONSTRUCCION, S.A.*; *SACYR, S.A.*; *DRAGADOS, S.A.*; *CESPA, S.A.*; *RAFAEL MORALES, S.A.*; *SANDO, S.A.*; *GRUPO ARION* y *SEGOVIA MARMOL ABOGADOS*; quienes de forma absolutamente desinteresada y sensibilizados desde el primer momento con la inquietud de los organizadores hicieron posible la celebración de las mismas.

Las diversas ponencias, impartidas bajo la misma denominación con la que aparecen en los distintos capítulos de este libro, tuvieron por objeto en su conjunto exponer jurídicamente las perspectivas de aplicación que se inician con esta nueva figura de la contratación administrativa, y que suponen desde el ámbito económico y empresarial una nueva fuente de posibilidades para la iniciativa privada que desarrolla su actividad económica en torno a las construcción y explotación de las infraestructuras.

La finalidad perseguida fue ampliamente conseguida, hasta el punto en que hoy asistimos al nacimiento de este libro para mayor difusión de su contenido sin perjuicio de que desde la Sociedad Andaluza de Derecho de la Construcción atendamos cuantas solicitudes han sido ya cursadas desde distintos entes representativos de los diversos sectores de la actividad económica y de las administraciones públicas para la celebración de estas jornadas en otras localidades.

A dicha consecución contribuyó de forma manifiesta la intervención de los ponentes, profesionales de reconocido prestigio que desarrollan su actividad en altos puestos de las administraciones y empresas públicas y cuya exposición de la Ley 13/2003 no puede ser otra que desde la perspectiva y los criterios de su aplicación y trascendencia directa en la elaboración de los pliegos; financiación, licitación; adjudicación, contratación; ejecución y explotación de obras bajo la modalidad concesional y, lo que no es menos importante por el conflicto de intereses que subyace, desde su repercusión directa en los resultados de las empresas adjudicatarias concesionarias. Ello unido a una no menos meritoria inquietud docente e investigadora de algunos de ellos arrojó como corolario lógico y previsible el resultado deseado y descrito.

Es de destacar que el lector no hallará en esta obra, (dado que no fue esa la intención), un tratado sistemático o dogmático en torno a la institución de la *Concesión de Obras Públicas*, menos aun un comentario legal sobre el articulado de la Ley 13/2003, pero sí un conjunto armónico e integrado de aportaciones en torno a la aplicación y posibilidades que ofrece la ley a los sectores públicos y privados en materias tales como el urbanismo; puertos e infraestructuras de ferrocarriles, con especial mención a los casos de Metro de Sevilla y Málaga, con incidencia en el estudio de la participación público privada en la ejecución de las infraestructuras y en el de las nuevas fórmulas de financiación privada; todo ello con los ingredientes teóricos justos para determinar el concepto y configuración jurídica del contrato concesional.

Con el contenido mencionado, a buen seguro, de su lectura, y por el interés de los autores en centrar su discurso, podrá el lector desentrañar un cuerpo de doctrina que invita a la reflexión sobre los aspectos fundamentales del contrato de concesión de obra pública tal como ha sido concebido por la Ley 13/2003.

Desde el punto de vista expresado y por pura fidelidad, la presentación de esta obra en orden a los referentes históricos e ideológicos de la institución, (siempre breves por el lugar que se les asignan y sin perjuicio de su profusión en los aspectos de la institución tratados en cada capítulo), no puede separarse mucho de la que tuvo lugar en el acto de apertura de las dos jornadas celebradas en las sedes de los Ilustres Colegios de Abogados de Sevilla y Huelva, teniendo el honor de compartir el último de ellos con la Ilma. Sra. Delegada Provincial de Huelva de la Consejería de Obras Públicas y Transportes, Doña Rocío Allepuz García; a quien igualmente desde estas líneas reitero nuestro más profundo agradecimiento por su disponibilidad manifiesta pese a la densidad de su agenda.

Así, la breve aportación de quien suscribe no va a diferir en mucho en la metodología empleada por los autores para su concreción en el texto que se le ofrece al lector, quienes desde sus originales trabajos materializados en presentaciones “*power point*” y “*tirando de pluma*” materializan en estas líneas sus experiencias, pensamientos e ideas, frutos de sus cotidianos quehaceres relacionados con la modalidad contractual concesional.

Construcción y financiación de las obras públicas son dos conceptos indisolublemente asociados a los que han pretendido dar respuesta los poderes públicos históricamente desde diferentes perspectivas que presentaban desde su origen, y aun lo hacen, como límites, las exigencias de satisfacer una cada vez mayor demanda de aplicación de recursos en obras de infraestructuras, por el lado de mínimos, y las de evitar excesos presupuestarios con sus consecuencias sobre el déficit público y el siempre impopular incremento de la presión fiscal, por el otro.

El sistema concesional como modelo de construcción y financiación de las obras públicas en absoluto constituye en nuestro derecho una novedad tras la entrada en vigor de la Ley 13/2003. Ya en la antigua Instrucción de Obras Públicas de 1845 se establecía que en las obras públicas ejecutadas “por empresa” la Administración contratada con particulares la ejecución de las obras, cediéndoles en pago los productos y rendimientos de las mismas. Durante los años sesenta y setenta del pasado siglo el modelo concesional adquirió particular relevancia en lo que a la construcción y financiación de autopistas se refiere, hasta el punto de propiciar la aparición de la Ley 8/1972, de 10 de

mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión; cediéndose así el protagonismo a la iniciativa privada y haciéndose compadecer en dicha forma los criterios de rentabilidad que rigen la actividad de aquélla con los intereses generales que presiden la actuación de las administraciones públicas. Los años ochenta supusieron el retorno al sistema de financiación presupuestaria de las obras públicas, que repercutió sustancialmente en el aumento del déficit público y de la presión fiscal.

Nuevas circunstancias en el entorno macroeconómico, nacidas del Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992; así como de la aplicación de los instrumentos de seguimiento de los criterios de convergencia (Reglamento CE nº 2223/96 del Consejo de 25 de junio de 1996 relativo al sistema europeo de cuentas nacionales y regionales de la Comunidad. SEC 95), sometían a los países firmantes del Tratado de Maastricht a un riguroso control de las finanzas públicas en orden al cumplimiento de dichos criterios para la integración en el Sistema Monetario Europeo, con trámite de admisión para 1999; consistentes en: a) tasa promedio de inflación no superior a 1.5 puntos porcentuales de la tasa promedio de los tres países de la unión con mejor comportamiento en materia de estabilidad de precios; b) prohibición de que la cifra de déficit público superase el tres por ciento del PIB; c) prohibición de que la deuda pública superase el sesenta por ciento del PIB; y d) determinación de tipos de interés a largo plazo a menos de dos puntos del tipo medio definido, durante el año previo al examen, por los tres países con tasas de inflación más bajas.

El Pacto de Estabilidad y Crecimiento, acordado en el Consejo de Amsterdam en junio de 1997, y las recomendaciones del Consejo Europeo de Santa María de Feira en junio de 2000, supuso el compromiso de los Estados miembros de la Unión para perseguir el objetivo de situaciones presupuestarias próximas al equilibrio o en superávit, de forma que el déficit se mantuviera siempre por debajo del 3 por 100. Ello tuvo su traducción en nuestro derecho mediante la aprobación de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, que nace con la finalidad de asegurar el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria en el sector público estatal y en las Entidades Locales y con la de establecer los mecanismos que garanticen la cooperación efectiva entre el Estado y las Comunidades Autónomas para lograr los fines previstos en la ley.

Dichas circunstancias fueron a la postre determinantes para propiciar la búsqueda de modelos de participación privada en la financiación de las obras públicas y aconsejaron la revisión de la fórmula o modelo de financiación de las infraestructuras en orden a resolver el problema de su insuficiencia generado como consecuencia de la prioridad que habría que dispensar a la contención del déficit y de la aplicación de políticas fiscales restrictivas, unido a la necesidad siempre presente de dar respuesta a una cada vez mayor demanda de infraestructuras.

Es pues en este entorno en el que nace la Ley 13/2003 Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas; y lo hace con la vocación, entre otras, según dispone su propia exposición de motivos, de completar los modelos de construcción y financiación de las obras públicas a través de algunas de las fórmulas siguientes; a saber: a) la de construcción mediante un contrato administrativo de obras, con financiación pública, derivada de la inversión de recursos procedentes de una o varias administraciones públicas y, eventualmente, de ayudas con cargo a los fondos de la Unión Europea; b) la de construcción mediante un contrato administrativo de obras, con financiación privada, bajo la modalidad de abono total del precio y pago aplazado por parte de la Administración; instituido por el artículo 147 de la Ley 13/1996 y c) la de construcción y explotación de la obra pública en régimen de concesión, confiriéndose el protagonismo principal, bajo la tutela y control de la Administración, a la iniciativa y capital privados. Siendo ésta última la fórmula de construcción y financiación objeto de regulación por la Ley 13/2003.

Debemos de hacer una matización en orden a certificar que el modelo concesional, como fórmula de participación del capital privado en la financiación de las obras públicas, ya estaba contemplado en los artículos 130 y ss del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Por lo tanto, lo novedoso de la Ley 13/2003 no es certificar el nacimiento en nuestro ordenamiento de dicha fórmula de construcción - financiación, que como vimos anteriormente es de longeva existencia en el derecho patrio, sino más bien, como efecto buscado y deseado con la “puesta al día de la institución concesional”, es el de establecer -- dentro del marco de insuficiencia de financiación presupuestaria que afecta a las Administraciones para mantener un ritmo adecuado en la ejecución de infraestructuras, tan vinculadas al desarrollo económico sostenido y a la mejora de la calidad de vida -- los términos en que participará el capital

privado en la construcción y financiación de la mismas en condiciones que garanticen su participación.

No disimula el empeño la propia Exposición de Motivos de la Ley, en la que tras reivindicar como señas de identidad de la institución concesional la asunción por el concesionario del riesgo de la construcción, conservación y explotación, a renglón seguido anuncia un peculiar y sin antecedente concepto de riesgo concesional moderado y limitado so pretexto de atraer la participación del capital y la iniciativa privada. Moderación y limitación del riesgo del que existen continuas prescripciones y manifestaciones a lo largo del texto legal.

Sobre el particular ya tuvo ocasión de pronunciarse el Consejo de Estado en su Dictamen número 3375/2001, de 5 de Diciembre de 2001, por el que se informaba el Anteproyecto de Ley, advirtiendo sobre la modificación de la que eran objeto algunos criterios tradicionales que informaban la materia, muy especialmente el de “riesgo y ventura”, que evoluciona desde su clásica concepción, según la cual el concesionario asumía íntegramente los posibles resultados favorables o desfavorables de su hacer, hasta la que iba a ser objeto de regulación legal, por la que se normativizan mecanismos diversos de apoyo y compensación para el concesionario en el caso de resultado desafortunado para su gestión; apartándose así de los criterios tradicionales que informaban la materia.

A la misma expresada finalidad de moderación del riesgo del concesionario y de hacer, por tanto, atractiva la concurrencia de la iniciativa privada a la licitación de obras bajo esta modalidad contractual, coadyuva sin duda la regulación del principio de “equilibrio económico de la concesión” que, tal como se dispone en la propia exposición de motivos de la Ley tiene por finalidad recomponer a lo largo de todo el período concesional el marco definido y pactado entre la Administración y el contratista; y del que pese a ser igualmente inherente a la institución concesional, existen igualmente manifestaciones a lo largo del texto legal de erigirlo en instrumento para favorecer la iniciativa privada en la construcción y financiación de las obras públicas.

Se culmina en el texto legal por garantizar la presencia del capital privado en la financiación de infraestructuras mediante la creación de instrumentos de financiación que posibiliten la diversificación de sus fuentes, mediante la apertura de la sociedad concesionaria al mercado de capitales; y contribuyan a evitar la congelación de la inversión.

Serán de momento los agentes intervinientes en la construcción y financiación de las infraestructuras quienes juzguen sobre la regulación de la institución concesional dada por la Ley 13/2003, cuya entrada en vigor es de todo punto plausible y, por supuesto, necesaria al menos como fórmula para superar el tan debatido problema de la insuficiencia de la financiación pública en el desarrollo de las infraestructuras. Pero deberá de ser el ciudadano quien tenga la última palabra como integrante de la Comunidad cuya vida viene la Ley en regular; porque si siempre son deseables las políticas propiciatorias de eficiencias en las finanzas públicas, de estabilidad presupuestaria dirigidas a contener el déficit y la reducción de la presión fiscal; no es menos cierto que, tal como denunciaba el Consejo de Estado, toda alteración de los criterios informadores de la institución concesional, bajo el pretexto de propiciar o motivar la participación privada, debe de hacerse acompañar de mecanismos que impidan que el riesgo termine por tenerlo que asumir la propia Administración; o lo que es peor: el administrado, porque al final es en éste en quien concurre la doble condición de contribuyente y de usuario.

Alejandro Segovia Brome

Socio *SEGOVIA MARMOL ABOGADOS*

Presidente de la *SOCIEDAD ANDALUZA DE DERECHO DE LA CONSTRUCCION*.