

LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA EN EL ÁMBITO PORTUARIO.

La regulación Estatal en la materia se establece en la ley general, de concesión de obra pública, 13/03, y la sectorial, de puertos 48/03.

La disposición final primera de la ley 13/03 establece el carácter básico de la casi integridad de la norma, limitando así el alcance de normas sectoriales o autonómicas.

Siendo coetáneas en el tiempo la norma general y la sectorial, y considerando además el antedicho carácter básico de gran parte de la primera, el legislador opta sensatamente por regular exclusiva y sucintamente las singularidades por razón del objeto en el régimen jurídico de los puertos, y así la ley 48/03, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general restringe a un solo artículo, 126, y a un apartado de su disposición final segunda, el desarrollo y adaptación del referido régimen genérico de la ley 13, al ámbito de los puertos de competencia Estatal.

Las precisiones de la norma sectorial se concretan en la definición del objeto, la sujeción a canon de la ocupación de superficie, régimen de prestación

de servicios básicos, informe técnico de Puertos del Estado en los proyectos de obras portuarias que vayan a realizarse al amparo de un contrato de concesión de obras públicas portuarias, y la determinación acerca de la aplicación de la ley 48/03, y la 27/92, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, sin perjuicio de que en todo aquello no previsto en ellas serán de aplicación, para el contrato de concesión de obras públicas portuarias, las prescripciones contenidas en la legislación general reguladora del contrato de concesión de obras públicas.

Finalmente, la Disposición Final segunda establece la contraprestación por la realización de una obra pública portuaria, no susceptible de explotación económica, mediante el otorgamiento de una concesión demanial.

Con expresa advertencia de la ausencia de pretensión de exhaustividad ni análisis integral de tan compleja materia, paso a detallar algunas reflexiones sobre el régimen legal de la concesión de obra pública portuaria.

Introducción, críticas del Consejo de Estado: El Consejo de Estado, en su dictamen sobre el proyecto de ley, realiza una severa crítica, tanto por aspectos procedimentales, fundamentalmente por la omisión de trámites de audiencia e informes preceptivos, como sustantivos, cuestionando la realidad del proclamado principio de riesgo y ventura, dado el régimen privilegiado que para

los operadores del sector, fundamentalmente concesionarios y entidades de crédito, se establece.

Quien estas líneas suscribe comparte el contenido de tan crítico dictamen, sin por ello cuestionar la idoneidad del instrumento. Con certeza la concesión de obra pública, además de la necesaria adaptación al derecho comunitario, ha de constituir adecuado cauce para la integración de la iniciativa privada en grandes obras de infraestructura, esencial en una sociedad moderna y eficiente, que aspire conjugar el imprescindible desarrollo, con el justo equilibrio a la atención en las prestaciones sociales.

Es indudable que promover la participación de la iniciativa privada requiere de incentivos, y garantías para los operadores en el tráfico mercantil, pero no puede dejar de apuntarse que se ha llegado en ello a un grado extremo, con evidente contradicción entre el principio que la norma establece, de riesgo y ventura del contratista, y la posición de garante que la administración asume en el buen de las operaciones mercantiles relacionadas con las concesiones de obra pública.

Jerarquía normativa: Llama la atención la pretendida subordinación de la ley de concesión de obra pública, que el apartado 11 del artículo 126 de la ley 48/03 parece establecer respecto de esa propia norma y la 27/92, al referir la aplicación

de la norma general en ausencia de regulación específica en la normativa portuaria.

Obviamente, tal sistema no es coherente con el carácter básico de la mayor parte de la ley 13/03, y aunque en la práctica, la complementariedad de tales cuerpos normativos evite incidencias al respecto, la tácita proclama de subsidiariedad de normativa básica no parece muy afortunada.

Concesiones demaniales otorgadas como contraprestación por la ejecución de una obra pública portuaria: A falta de indicación en contrario en el texto normativo, habría de concluirse que la contraprestación recibida por la ejecución de la obra pública, queda sujeta a la naturaleza que resulta de su objeto, el régimen de la concesión demanial, ajeno a las facultades del peticionario, y posterior titular de la concesión, garantía de acreedores... de la concesión de obra pública, en la que los operadores privados gozan frente a la administración de un statu singularmente privilegiado.

Dicha situación no guarda en mi opinión la coherencia debida con el resto de la norma. Es de entender que las garantías que en la concesión de obra pública ordinaria otorga tanto a su titular como a acreedores operan a modo de incentivo para hacer atractivas y viables las inversiones de operadores privados en infraestructuras públicas.

En los supuestos en que por no ser susceptible de explotación económica, la contraprestación recibida por quien la ejecuta sea una concesión demanial, distinta de la obra realizada, no se entiende porque tal concesión demanial no debiera quedar afectada a garantías idénticas que la de obra pública respecto a los acreedores, de modo que tal concesión se constituya en elemento esencial limitativo del riesgo de la entidad financiera.

Tampoco se entiende que para el titular de la concesión, por la distinta naturaleza de la contraprestación que recibe, no sean de aplicación los beneficios que en tema de financiación de obra pública se establecen, así como la imposición de servidumbres y desahucio administrativo que resulten necesarios para la explotación de la concesión demanial, y la realización de cuantas acciones sean necesarias para hacer viable el ejercicio de los derechos del concesionario.

Objeto: Es sobre el objeto donde desde las primeras lecturas de la ley se me plantea una cuestión que entiendo relevante; ¿ Es la concesión de obra pública una categoría objetiva, definida en sus rasgos esenciales con la debida seguridad jurídica, o por el contrario se define con criterios de oportunidad, en función de las circunstancias que en cada coyuntura determinen el concepto de interés general?

El artículo 222 de la ley 13/03, con su previsión sobre contratos de concesión de obras públicas a instancia de particulares parece indicar que estamos ante una categoría objetiva, si bien entiendo que caben reservas ciertas al respecto.

La ley 13/03, en la redacción dada al artículo 220 de la ley de contratos de las administraciones públicas, incluye en el mismo las obras relacionadas en el artículo 120 de tal norma o, en general, de aquellas que siendo susceptibles de explotación económica, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general.

El artículo 120 de la ley de contratos de las administraciones públicas reseña la construcción de puertos entre las actuaciones propias del contrato de obras de carácter público. A efecto de la ley 13; ¿ Que debe entenderse por construcción de puertos? ¿ Cualquier obra en tal ámbito, solo las mas relevantes?

La propia ley general, ofrece como criterio alternativo de delimitación del objeto, además de las indeterminadas construcciones de puertos del 120 LCAP, las que sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza

económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general.

Y de nuevo hallamos un criterio ausente de la debida precisión; ¿ Que es servicio público, que interés general?

La jurisprudencia, Tribunal Supremo de 17 de julio de 1995, alude al concepto de servicio público entendido en la acepción más amplia para abarcar cualquiera actividad que la Administración desarrolla como necesaria en su realización para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia" destacando que "es corriente doctrinal y jurisprudencial reciente la que partiendo del fin de interés general del contrato -no de su objeto- afirma el carácter público de todos aquellos en que intervenga la Administración contratante, siempre que no se persiga un fin eminentemente lucrativo".

Se conecta en consecuencia el concepto de servicio público al de interés general, con la subjetividad inherente a tal concepto, y al respecto cabe preguntarse; ¿ Deja intencionadamente el legislador un amplio margen de discrecionalidad a la administración para tramitar con criterios de oportunidad determinados expedientes como concesiones demaniales, o de obra pública según la coyuntura?

Por su parte la ley sectorial, 48/03, frente a la subjetividad con que pudiera determinarse el concepto de concesión de obra pública en la ley general, concreta tal objeto en la construcción y explotación o solamente la explotación siempre que se encuentren abiertas al uso público o aprovechamiento general, de:

- a) Un nuevo puerto o una parte nueva de un puerto que sean susceptibles de explotación totalmente independiente.
- b) Infraestructuras portuarias de defensa, de abrigo, de accesos marítimos, de muelles y otras obras de atraque.

Cabe finalmente cuestionarse si la delimitación que del objeto hace la ley sectorial portuaria, se deriva una vulneración del precepto, constitutivo de normativa básica, de la ley 13, sobre el objeto, artículo 220, que manifiestamente habilita mayores márgenes de discrecionalidad, conectada al interés general.

Al respecto considerar que la ley 48/03, en su regulación del objeto, podría tacharse de interpretación restrictiva de la ley básica, pero no de vulneración de la misma, si bien dada la antedicha posición privilegiada del administrado en el instrumento de la concesión de obra pública, se establecería un interesante debate jurídico si un peticionario de concesión portuaria, fuera de los conceptos que

delimita el artículo 126 2 de la ley 48/03, postulare el interés general de su proyecto e invocara la aplicación del instrumento de la concesión de obra pública, por el carácter básico del art. 220 de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas.

Supletoriedad de la norma sectorial del Estado: En ausencia de un desarrollo propio autonómico, en su normativa portuaria; ¿ Resulta de obligada aplicación supletoria la definición del objeto del artículo 126 de la ley 48/03, en la gestión de puertos autonómicos?

No necesariamente. La doctrina constitucional sobre la supletoriedad del derecho Estatal, se concreta en los siguientes postulados básicos:

- El valor supletorio debe obtenerse por el aplicador del Derecho a través de las reglas de la interpretación pertinentes, incluida la vía analógica. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 157/2004, de 21 septiembre.
- El derecho supletorio no puede aplicarse incondicionalmente en el respectivo territorio autónomo, Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 85/1983, de 25 octubre.

- La determinación de si ha de producirse o no la aplicación supletoria del derecho Estatal no le corresponde al legislador Estatal. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 118/1996 , de 27 junio.
- La supletoriedad tiene por objeto realizar el principio de plenitud del ordenamiento jurídico, suministrando al aplicador del derecho una regla con la que pueda superar las lagunas que adolezca el régimen jurídico de determinadas materias. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 147/1991, de 4 julio.

En consecuencia, en ausencia de regulación autonómica sobre concesión de obra pública portuaria, la ley 48/03 se constituye en criterio de mera interpretación para la aplicación del instrumento de la concesión de obra pública, en puertos que no sean de interés general.

Cabe a las autonomías, a través de una motivación adecuada de la concurrencia de los factores de servicio público e interés general, y demás caracteres que configuran la concesión de obra pública, adoptar tal instrumento en actuaciones distintas de las que configura el 126 2 de la ley 48/03.

Contrato de concesión de obra pública de mera explotación: La ley 13/03, en la redacción dada al artículo 263 de la ley de contratos de las administraciones públicas, establece la necesidad de motivación expresa en supuestos de establecimiento de un plazo superior a 15 años, sin que pueda exceder, en cualquier caso, de 20, prorrogable hasta 25, para restablecer el equilibrio económico del contrato o, excepcionalmente, para satisfacer los derechos de los acreedores en el caso en que los derechos de crédito del concesionario hayan sido objeto de titulización.

Dos observaciones:

En el ámbito portuario, parece determinante el dato de la limitación de plazo, para considerar el mayor interés del administrado en la concesión demanial, dado el plazo de hasta 35 años de estas últimas, e incluso la posibilidad de prorroga por periodo igual a la mitad del inicial, en determinados supuestos.

La figura del contrato de concesión de obra pública de mera explotación, daría soporte a la tesis de la consideración de la concesión de obra pública como instrumento que en su aplicación conlleva un amplio margen de discrecionalidad para la administración, pudiendo optar por la esta o la concesión demanial, según criterios de oportunidad.

Facultades del concesionario en materia de policía: La ley 13/03, en la redacción dada al apartado 2 del artículo 244 de la ley de contratos de las administraciones públicas, establece que el personal encargado de la explotación de la obra pública, en ausencia de agentes de la autoridad, podrá adoptar las medidas necesarias en orden a la utilización de la obra pública, formulando, en su caso, las denuncias pertinentes. A estos efectos, servirán de medio de prueba las obtenidas por el personal del concesionario debidamente acreditado y con los medios previamente homologados por la Administración competente, así como cualquier otro admitido en derecho.

En realidad, las facultades de policía del personal de la entidad concesionaria son bastante mas reducidas las que en una primera lectura pudiera entenderse, dadas las limitaciones en materia de fehaciencia de sus informes, orden público y medidas coercitivas.

Identificación del perfil de socios como requisito exigido a licitadores:

La constitución de una sociedad, que será quien finalmente contrate con la administración, artículo 231 3 d, constituye algo verdaderamente singular en el ámbito de la contratación administrativa, si bien entendible considerando la

relevancia del título concesional a otorgar, como aspecto diferenciado de la prestación preliminar de ejecución de la obra.

No obstante, indicar la insuficiencia de la identificación del perfil de socios como garantía de solvencia del titular de la concesión, aspecto que requiere del necesario control de cambios accionariales, y al respecto, dada la omisión en el texto legal, sugiero incluir en los pliegos la obligatoriedad respecto al carácter nominativo de los títulos.

Acta de comprobación: El artículo 241 del texto regulador de la concesión de obra pública establece que finalizadas las obras se formalizará el correspondiente acta de comprobación, que habilitará la apertura al público de las instalaciones.

De nuevo ante la omisión del texto legal, entendemos aconsejable que los pliegos prevean, ante situaciones de elementos accesorios pendientes de ejecutar, y que no impidan el normal desarrollo de la explotación, que la explotación quede igualmente habilitada mediante un acta de reconocimiento parcial, con las cautelas que racionalmente procedan.

Financiación: Los privilegios de los acreedores, por créditos afectos a la financiación de la obra pública, y la posición de garante asignada a la administración, hubieran aconsejado que los licitadores fuesen obligados a detallar su programa de financiación en las respectivas oferta.

La omisión al respecto en el texto legal debiera salvarse en los pliegos, con las correspondientes determinaciones en el asunto.

Concesión demanial y de obra pública como formas diferenciadas de gestión: Una primera reflexión preliminar, para indicar como en derecho portuario, a diferencia de otros sectores, autopistas, se produce la atracción de la concesión demanial respecto a la de servicio público, en los supuestos, la mayoría, en que concurren en el objeto del título, la habilitación para la ocupación y aprovechamiento del dominio público, junto a la prestación de un servicio público.

El régimen pretérito de la Ley 27/92, remitía al procedimiento de la Ley de Costas al regular la concesión portuaria, habilitante de ambos aspectos, ocupación y prestación de servicio público, y caracterizándola como concesión demanial, y no de servicio público, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

La regulación específica y diferenciada de Costas, que, como novedad, introduce en puertos la Ley 48/03, sanciona tal aspecto, regulando la concesión demanial

como título habilitante para la prestación del servicio público, con la correspondiente ocupación simultánea del demanio.

Entrando en el análisis comparativo de las dos figuras que regula la Ley 48/03, concesión demanial y de obra pública, anunciaba ya en el enunciado la tesis de estas reflexiones, considerando ambas figuras como formas de gestión diferenciadas, y no esencialmente distintas en sus caracteres básicos, pese al carácter conceptual de sus respectivas denominaciones.

La Ley general y básica, 13/03, alude a la naturaleza contractual de la concesión de obra pública, como rasgo esencial caracterizador.

Carácter contractual del que participa la concesión demanial, en absoluto incompatible con el establecimiento convencional de aspectos esenciales.

En ambos supuestos, tal naturaleza contractual no debe entenderse como plena asimilación de las características de la contratación en las relaciones de derecho privado, por las limitaciones que se derivan de las potestades que la administración ejerce, y fundamentalmente por la naturaleza tributaria, tasa, de la contraprestación económica del concesionario, que habilita la revisión de su cuantía, mas allá de su mera actualización. Es decir, la revisión del canon no

podrá impugnarse con el argumento de colisión con un principio de seguridad jurídica, y de que el contrato es ley para las partes.

Adicionalmente, la exposición de motivos de la Ley 13/03 y su desarrollo articulado, alude al riesgo del concesionario como elemento esencial de la concesión de obra pública.

Riesgo que en absoluto es ajeno a la concesión demanial, susceptible de explotación económica, y como tal, sujeta a la variable pérdida/ganancia inherente a la actividad empresarial.

Las inversiones del concesionario no son exclusivas de la obra pública, y no solo mediante la aportación de bienes de equipo y recursos humanos, sino con la propia ejecución a su costa de obras de implantación, reparación y mantenimiento, el titular de la concesión demanial queda afecto al riesgo económico del buen fin de su inversión.

Es más, es en la obra pública, y sin entrar en consideraciones acerca de la oportunidad de que así sea, por el coste elevado de determinadas inversiones, en la que tal principio de riesgo del concesionario encuentra limitaciones mas significativas.

Indicaba al inicio las críticas del Consejo de Estado al anteproyecto de ley de concesión de obra pública, entre las que se incluye, con especial énfasis, la posición privilegiada, por las garantías limitativas del riesgo, que el texto establece, no solo para el propio titular de la concesión, sino asimismo para las entidades financieras, que con sus créditos dan soporte a la promoción de la obra pública.

Tal régimen singular de financiación, e incluso la aportación de fondos públicos a la inversión, son aspectos que, específicamente establecidos en el régimen de la concesión de la obra pública, pudieran constituir elementos diferenciados de la demanial. No obstante, nada impide por la naturaleza contractual que, según lo antedicho, es asimismo predicable del instrumento demanial, la asunción de compromisos y obligaciones de tal tenor por la administración pública en dichas concesiones demaniales.

En tema de plazos sí existe un régimen diferenciado en materia portuaria entre concesiones de obra pública y demaniales, diferencias que en la concesión de obra pública de mera explotación encuentra difícil explicación, al ser sensiblemente inferior el plazo en la obra pública.

Otros aspectos de la regulación de la concesión de obra pública portuaria en la ley 48/03.

La muy sucinta regulación, un solo artículo, 126, frente al carácter reglamentista que en general tiene la citada ley 48/03, es aun susceptible de tacha por aspectos superfluos en su contenido, tal como la innecesaria advertencia sobre la obligación del concesionario cuyo contrato sea exclusivamente de explotación de obra ya construida, de reparar, conservar, y reponer, ya prevista en el artículo 221 1 de la ley general.

A destacar la expresa mención al devengo de canon de ocupación a favor de la administración, no preceptivo en el régimen general de la ley 13/03, así como la sujeción a licencia de la prestación de servicios básicos, aun por el concesionario.

LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA EN EL ÁMBITO PORTUARIO.

La disposición final primera de la ley 13/03, reguladora del contrato de concesión de obras públicas establece el carácter básico de la casi integridad de la norma, limitando así el alcance de normas sectoriales o autonómicas.

De otro parte, la ley 48/03, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general limita a un solo artículo, 126, y a un apartado de su disposición final segunda, el desarrollo y adaptación del referido régimen genérico de la ley 13, al ámbito de los puertos de competencia Estatal.

Las precisiones que tan sucinta regulación realiza la norma sectorial se concretan en la definición del objeto, la sujeción a canon de la ocupación de superficie, régimen de prestación de servicios básicos, informe técnico de Puertos del Estado en los proyectos de obras portuarias que vayan a realizarse al amparo de un contrato de concesión de obras públicas portuarias, y aplicación de la ley 48/03, y la 27/92, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, sin perjuicio de que en todo aquello no previsto en ellas serán de aplicación, para el contrato de concesión de obras públicas portuarias, las prescripciones contenidas en la legislación general reguladora del contrato de concesión de obras públicas.

Finalmente, la Disposición Final segunda establece la contraprestación por la realización de una obra pública portuaria, no susceptible de explotación

económica por un concesionario, mediante el otorgamiento de una concesión demanial.

Con expresa advertencia de la ausencia de pretensión de exhaustividad ni análisis integral de tan compleja materia, paso a detallar algunas singularidades y reflexiones sobre el régimen legal de la concesión de obra pública portuaria.

Introducción, críticas del Consejo de Estado: El Consejo de Estado, en su dictamen sobre el proyecto de ley, realiza una severa crítica, tanto por aspectos procedimentales, fundamentalmente por la omisión de trámites de audiencia e informes preceptivos, como sustantivos, cuestionando la realidad del proclamado principio de riesgo y ventura, dado el régimen privilegiado que para los operadores del sector, fundamentalmente concesionarios y entidades de crédito, se establece.

Jerarquía normativa: Llama la atención la pretendida subordinación de la ley de concesión de obra pública, que la disposición final segunda de la ley 48/03 parece establecer respecto de esa propia norma y la 27/92, al referir la aplicación de esta en ausencia de regulación específica en la normativa portuaria. Obviamente, tal sistema no es coherente con el carácter básico de la mayor parte de la ley 13/03, y aunque en la práctica, la complementariedad de tales cuerpos

normativos evite incidencias al respecto, la tácita proclama de subsidiariedad de la norma sectorial no parece muy afortunada.

Concesiones demaniales otorgadas como contraprestación por la ejecución de una obra pública portuaria: Aplican el régimen de la concesión demanial, ajeno a las facultades del peticionario, y posterior titular de la concesión, garantía de acreedores... de la concesión de obra pública, en la que los operadores privados gozan frente a la administración de un statu singularmente privilegiado.

Objeto: La ley 13/03, en la redacción dada al artículo 220 de la ley de contratos de las administraciones públicas, incluye en el mismo las obras relacionadas en el artículo 120 de tal norma o, en general, de aquellas que siendo susceptibles de explotación económica, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general.

El artículo 120 de la ley de contratos de las administraciones públicas incluye la construcción de puertos entre las actuaciones propias del contrato de obras de carácter público. A efecto de la ley 13; ¿ Que debe entenderse por construcción de puertos? ¿ Cualquier obra en tal ámbito, solo las mas relevantes?

La propia ley general, ofrece como criterio alternativo de delimitación del objeto, además de las indeterminadas construcciones de puertos del 120 LCAP, las que sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general.

Y de nuevo hallamos un criterio ausente de la debida precisión; ¿ Que es servicio público, que interés general?

La jurisprudencia, Tribunal Supremo de 17 de julio de 1995 alude al concepto de servicio público entendido en la acepción más amplia para abarcar cualquiera actividad que la Administración desarrolla como necesaria en su realización para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia" destacando, por otra parte, el Fundamento de Derecho tercero de la Sentencia de la antigua Audiencia de Santa Cruz de Tenerife, que se acepta por el Tribunal Supremo que "es corriente doctrinal y jurisprudencial reciente la que partiendo del fin de interés general del contrato -no de su objeto- afirma el carácter público de todos aquellos en que intervenga la Administración contratante, siempre que no se persiga un fin eminentemente lucrativo".

Se conecta en consecuencia el concepto de servicio público al de interés general, con la subjetividad inherente a tal concepto, y al respecto cabe preguntarse; ¿ Deja intencionadamente el legislador un amplio margen de discrecionalidad a la administración para tramitar con criterios de oportunidad determinados expedientes como concesiones demaniales, o de obra pública según la coyuntura?

Por su parte la ley sectorial, 48/03, frente a la subjetividad con que pudiera determinarse el concepto de concesión de obra pública en la ley general, concreta tal objeto en la construcción y explotación o solamente la explotación siempre que se encuentren abiertas al uso público o aprovechamiento general, de:

- a) Un nuevo puerto o una parte nueva de un puerto que sean susceptibles de explotación totalmente independiente.
- b) Infraestructuras portuarias de defensa, de abrigo, de accesos marítimos, de muelles y otras obras de atraque.

Cabe finalmente cuestionarse si la delimitación que del objeto hace la ley sectorial portuaria, se deriva una vulneración del precepto, constitutivo de normativa básica, de la ley 13, sobre el objeto, artículo 220, que manifiestamente habilita mayores márgenes de discrecionalidad, conectada al interés general.

Al respecto considerar que la ley 48/03, en su regulación del objeto, podría tacharse de interpretación restrictiva de la ley básica, pero no de vulneración de la misma, si bien dada la antedicha posición privilegiada del administrado en el instrumento de la concesión de obra pública, se establecería un interesante debate jurídico si un peticionario de concesión portuaria, fuera de los conceptos que delimita el artículo 126 2 de la ley 48/03, postulare el interés general de su proyecto e invocara la aplicación del instrumento de la concesión de obra pública, por el carácter básico del art. 220 de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas.

Supletoriedad de la norma sectorial del Estado.

En ausencia de un desarrollo propio autonómico, en su normativa portuaria;
¿ Resulta de obligada aplicación supletoria la definición del objeto del artículo 126 de la ley 48/03, en la gestión de puertos autonómicos?

No necesariamente. La doctrina constitucional sobre la supletoriedad del derecho Estatal, se concreta en los siguientes postulados básicos:

- El valor supletorio debe obtenerse por el aplicador del Derecho a través de las reglas de la interpretación pertinentes, incluida la vía analógica. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 157/2004, de 21 septiembre.
- El derecho supletorio no puede aplicarse incondicionalmente en el respectivo territorio autónomo, Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 85/1983, de 25 octubre.
- La determinación de si ha de producirse o no la aplicación supletoria del derecho Estatal no le corresponde al legislador Estatal. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 118/1996 , de 27 junio.
- La supletoriedad tiene por objeto realizar el principio de plenitud del ordenamiento jurídico, suministrando al aplicador del derecho una regla con la que pueda superar las lagunas que adolezca el régimen jurídico de determinadas materias. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 147/1991, de 4 julio.

En consecuencia, en ausencia de regulación autonómica sobre concesión de obra pública portuaria, la ley 48/03 se constituye en criterio de mera interpretación para la aplicación del instrumento de la concesión de obra pública, en puertos que no sean de interés general.

Cabe a las autonomías, a través de una motivación adecuada de la concurrencia de los factores de servicio público e interés general, y demás caracteres que configuran la concesión de obra pública, adoptar tal instrumento en actuaciones distintas de las que configura el 126 2 de la ley 48/03.

Contrato de concesión de obra pública de mera explotación.

La ley 13/03, en la redacción dada al artículo 263 de la ley de contratos de las administraciones públicas, establece la necesidad de motivación expresa en supuestos de establecimiento de un plazo superior a 15 años, sin que pueda exceder, en cualquier caso, de 20, prorrogable hasta 25, para restablecer el equilibrio económico del contrato o, excepcionalmente, para satisfacer los derechos de los acreedores en el caso en que los derechos de crédito del concesionario hayan sido objeto de titulización.

Dos observaciones:

En el ámbito portuario, parece determinante el dato de la limitación de plazo, para considerar el mayor interés del administrado en la concesión demanial,

dado el plazo de hasta 35 años de estas últimas, e incluso la posibilidad de prorroga por periodo igual a la mitad del inicial, en determinados supuestos.

La figura del contrato de concesión de obra pública de mera explotación, daría soporte a la tesis de la consideración de la concesión de obra pública como instrumento que en su aplicación conlleva un amplio margen de discrecionalidad para la administración, pudiendo optar por la esta o la concesión demanial, según criterios de oportunidad.

Facultades del concesionario en materia de policía.

La ley 13/03, en la redacción dada al apartado 2 del artículo 244 de la ley de contratos de las administraciones públicas, establece que el personal encargado de la explotación de la obra pública, en ausencia de agentes de la autoridad, podrá adoptar las medidas necesarias en orden a la utilización de la obra pública, formulando, en su caso, las denuncias pertinentes. A estos efectos, servirán de medio de prueba las obtenidas por el personal del concesionario debidamente acreditado y con los medios previamente homologados por la Administración competente, así como cualquier otro admitido en derecho.

En realidad, las facultades de policía del personal de la entidad concesionaria son bastante mas reducidas las que en una primera lectura pudiera

entenderse, dadas las limitaciones en materia de fehaciencia de sus informes, orden público y medidas coercitivas.

Identificación del perfil de socios como requisito exigido a licitadores.

La constitución de una sociedad, que será quien finalmente contrate con la administración, artículo 231 3 d, constituye algo verdaderamente singular en el ámbito de la contratación administrativa, si bien entendible considerando que la relevancia del título concesional a otorgar, como aspecto diferenciado de la prestación preliminar de ejecución de la obra.

No obstante, indicar la insuficiencia de la identificación del perfil de socios como garantía de solvencia del titular de la concesión, aspecto que requiere del necesario control de cambios accionariales, y al respecto, dada la omisión en el texto legal, debiera incluirse en los pliegos la obligatoriedad respecto al carácter nominativo de los títulos.

Acta de comprobación.

El artículo 241 del texto regulador de la concesión de obra pública establece que finalizadas las obras se formalizará el correspondiente acta de comprobación, que habilitará la apertura al público de las instalaciones.

De nuevo ante la omisión del texto legal, entendemos aconsejable que los pliegos prevean, ante situaciones de elementos accesorios pendientes de ejecutar, y que no impidan el normal desarrollo de la explotación, que esta quede igualmente habilitada mediante un acta de reconocimiento parcial, con las cautelas que racionalmente procedan.

Financiación: Los privilegios de los acreedores, por créditos afectos a la financiación de la obra pública, y la posición de garante asignada a la administración, hubieran aconsejado que los licitadores fuesen obligados a detallar su programa de financiación en las respectivas oferta.

La omisión al respecto en el texto legal debiera salvarse en los pliegos, con las correspondientes determinaciones en el asunto.

Concesión demanial y de obra pública como formas diferenciadas de gestión.

Una primera reflexión preliminar, para indicar como en derecho portuario, a diferencia de otros sectores, autopistas, se produce la atracción de la concesión demanial respecto a la de servicio público, en los supuestos, la mayoría, en que concurren en el objeto del título, la habilitación para la ocupación y aprovechamiento del dominio público, junto a la prestación de un servicio público.

El régimen pretérito de la Ley 27/92, remitía al procedimiento de la Ley de Costas al regular la concesión portuaria, habilitante de ambos aspectos, ocupación y prestación de servicio público, y caracterizándola como concesión demanial, y no de servicio público, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

La regulación específica y diferenciada de Costas, que, como novedad, introduce en puertos la Ley 48/03, sanciona tal aspecto, regulando la concesión demanial como título habilitante para la prestación del servicio público, con la correspondiente ocupación simultánea del demanio.

Entrando en el análisis comparativo de las dos figuras que regula la Ley 48/03, concesión demanial y de obra pública, anunciaba ya en el enunciado la tesis de estas reflexiones, considerando ambas figuras como formas de gestión

diferenciadas, y no esencialmente distintas en sus caracteres básicos, pese al carácter conceptual de sus respectivas denominaciones.

La Ley general y básica, 13/03, alude a la naturaleza contractual de la concesión de obra pública, como rasgo esencial caracterizador.

Carácter contractual del que participa la concesión demanial, en absoluto incompatible con el establecimiento convencional de aspectos esenciales.

En ambos supuestos, tal naturaleza contractual no debe entenderse como plena asimilación de las características de la contratación en las relaciones de derecho privado, por las limitaciones que se derivan de las potestades que la administración ejerce, y fundamentalmente por la naturaleza tributaria, tasa, de la contraprestación económica del concesionario, que habilita la revisión de su cuantía, mas allá de su mera actualización.

Adicionalmente, la exposición de motivos de la Ley 13/03 y su desarrollo articulado, alude al riesgo del concesionario como elemento esencial de la concesión de obra pública.

Riesgo que en absoluto es ajeno a la concesión demanial, susceptible de explotación económica, y como tal, sujeta a la variable pérdida/ganancia inherente a la actividad empresarial.

Las inversiones del concesionario no son exclusivas de la obra pública, y no solo mediante la aportación de bienes de equipo y recursos humanos, sino con la propia ejecución a su costa de obras de implantación, reparación y mantenimiento, el titular de la concesión demanial queda afecto al riesgo económico del buen fin de su inversión.

Es más, es en la obra pública, y sin entrar en consideraciones acerca de la oportunidad de que así sea, por el coste elevado de determinadas inversiones, en la que tal principio de riesgo del concesionario encuentra limitaciones mas significativas.

Indicaba al inicio las críticas del Consejo de Estado al anteproyecto de ley de concesión de obra pública, entre las que se incluye, con especial énfasis, la posición privilegiada, por las garantías limitativas del riesgo, que el texto establece, no solo para el propio titular de la concesión, sino asimismo para las entidades financieras, que con sus créditos dan soporte a la promoción de la obra pública.

Tal régimen singular de financiación, e incluso la aportación de fondos públicos a la inversión, son aspectos que, específicamente establecidos en el régimen de la concesión de la obra pública, pudieran constituir elementos diferenciados de la demanial. No obstante, nada impide por la naturaleza contractual que, según lo antedicho, es asimismo predicable del instrumento demanial, la asunción de compromisos y obligaciones de tal tenor por la administración pública en dichas concesiones demaniales.

En tema de plazos sí existe un régimen diferenciado en materia portuaria entre concesiones de obra pública y demaniales, diferencias que en la concesión de obra pública de mera explotación encuentra difícil explicación, al ser sensiblemente inferior el plazo en la obra pública.

Otros aspectos de la regulación de la concesión de obra pública portuaria en la ley 48/03.

La muy sucinta regulación, un solo artículo, 126, frente al carácter reglamentista que en general tiene la citada ley 48/03, es aun susceptible de tacha por aspectos superfluos en su contenido, tal como la innecesaria advertencia

sobre la obligación del concesionario cuyo contrato sea exclusivamente de explotación de obra ya construida, de reparar, conservar, y reponer, ya prevista en el artículo 221 1 de la ley general.

A destacar la expresa mención al devengo de canon de ocupación a favor de la administración, no preceptivo en el régimen general de la ley 13/03, así como la sujeción a licencia de la prestación de servicios básicos, aun por el concesionario.