

BERNAL BLAY, Miguel Ángel: *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas «paraconcesionales»*, prólogo de José María GIMENO FELIÚ, Civitas, Madrid, 2011, 351 pp.

La obra que en estas líneas se recensiona comprende un estudio dogmático exhaustivo de lo que el contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas afines al mismo hubieran de significar dentro de la práctica jurídico-administrativa.

El autor realiza un desvelador análisis de la importancia y significado que encierra el contrato de concesión de obra pública dentro de la sistemática de la vigente regulación estatal y comunitaria de contratación pública, poniendo de manifiesto cómo el mismo no supone un cajón de sastre que admite todo tipo de relación jurídica. La afirmación de la concesión de obras públicas como contrato típico, independiente al de obras, no ha impedido que las notas esenciales de aquel se hayan desdibujado a lo largo del tiempo, debido, como sugerentemente señala el autor, «a la práctica del funambulismo jurídico de la Administración para ofrecer soluciones ad hoc a las necesidades de los órganos de contratación» (p. 34).

Se trata de un texto reflexivo, claro y profundo en sus razonamientos y argumentaciones que lejos de frenarse en el tratamiento de la concesión como figura jurídica, abarca también de modo meticuloso y pormenorizado las restantes figuras que el autor denomina «paraconcesionales», que tienden a convivir funcionalmente con la concesión, y de la que deriva en la práctica cierto intercambio de técnicas, intercambio o convertibilidad no carente de discusión en cuanto a su adecuación a la regulación legal vigente.

La obra comprende cuatro capítulos principales seguidos de un apartado final en el que el autor recoge las conclusiones de mayor importancia a las que llega en su estudio y que aquí serán sucintamente desgranadas.

El capítulo primero, de título: «Génesis, evolución y situación actual del contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas “paraconcesionales”», recoge un interesante repaso por lo que la técnica de la concesión de obras públicas ha constituido hasta la actualidad, dejando entrever los puntos de fricción que ésta ya arrastraría desde su misma aparición. Un contrato de concesión de obras públicas que se desarrolla lastrado con el paso del tiempo propiciado por su pérdida de autonomía e importancia a favor de las concesiones de servicio público, la falta de apoyo normativo en el derecho comunitario —situación que actuaba a modo de aliciente al uso de esta figura con el objetivo finalista de burlar los controles comunitarios a la contratación

pública—, o su falta de sustantividad propia hasta la promulgación de la Ley 13/2003, reguladora del contrato de concesión de obras públicas.

Es en este último punto donde el autor se muestra más crítico pues, con sólida argumentación dogmática, se manifiesta contrario a la consideración de la concesión de obras públicas como un contrato típico, independiente de todos los restantes. Como es sabido, la tipicidad es consecuencia derivada del grado de diferenciación material que un contrato presenta frente a los restantes, situación que, en apreciación del autor, no se produce entre el de obras y el de concesión de obras públicas. Así, contrario a las tesis que defienden su naturaleza mixta —obras y prestación de servicios— y las que defienden su tipicidad específica, considera que el contrato de concesión de obras públicas es únicamente un subtipo dentro del tipo más genérico de obras, subtipo que estará diferenciado, ya no por su objeto sino por otras circunstancias como la remuneración del contratista o la función del contrato.

Continuando el hilo expositivo, el autor analiza las técnicas «paraconcesionales» que identifica principalmente con el contrato de concesión de servicios públicos y los contratos de colaboración entre el sector público y sector privado (1).

Pronunciándose sobre un tema comprometido y de manifiesta actualidad en el ámbito de la contratación pública, el autor realiza un clarificador estudio crítico sobre la regulación de los contratos de CPP contenida en el TRLCSP. Entiende fuera de lugar la regulación de este negocio jurídico en el TRLCSP, toda vez que éste no ha sido reconocido siquiera en las normas regulatorias comunitarias. Considera que el legislador español ha realizado una regulación deficiente, apresurada y llena de contradicciones para con la normativa comunitaria sobre contratación, patente, a título de ejemplo, en problemas derivados de la publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea o en las características que han de observar los pliegos de cláusulas contractuales.

Se vale el autor del recurso semántico para la denominación de este tipo de figura —*contratos de colaboración*—, pues todos los contratos públicos requieren necesariamente de la colaboración del sector público y del sector privado, para componer una incisiva argumentación que muestra al lector la inconsistencia de la figura dentro de la sistemática del TRLCSP, llegando incluso

---

(1) En lo sucesivo: Contratos de CPP. Asimismo, la correspondencia de las restantes abreviaturas utilizadas en el texto son: TRLCSP (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público); LCSP (Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público); DOUE (Diario Oficial de la Unión Europea); TRLCAP (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas); BOE (Boletín Oficial del Estado).

a poner en tela de juicio su consideración como contrato típico, con apoyo en numerosas argumentaciones doctrinales.

«El elemento subjetivo: ¿Quién puede contratar?» es el título que da pie al segundo capítulo de esta monografía y donde se realiza un sosegado repaso de los distintos entes y Administraciones Públicas que pueden celebrar contratos de concesión de obras públicas y contratos de CPP.

El análisis de lo que ha de entenderse por poder adjudicador u organismo de Derecho público dentro del Ordenamiento comunitario no es baladí en este punto, pues, como es sabido, a consecuencia de una deficiente regulación del ámbito subjetivo de aplicación de las disposiciones comunitarias sobre contratación pública en su día realizado en el TRLCAP, el Reino de España fue condenado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en tres ocasiones entre los años 2003 y 2005, por incumplimiento de la legislación comunitaria.

Tras realizar un pequeño repaso por la categorización tripartita en círculos concéntricos del ámbito subjetivo del TRLCSP, el autor profundiza de nuevo en otro aspecto cuestionado, el relativo al régimen jurídico de los contratos de concesión de obras públicas licitados por entidades de Derecho privado, que, por paradójico que parezca, se ha agudizado con la previa LCSP. Contrario a las interpretaciones que reducen sólo a las entidades que tienen la consideración de Administración Pública la posibilidad de adjudicación de contratos de concesión de obras públicas, pues con rotundidad afirma que esta interpretación desconoce el régimen jurídico aplicable a los contratos del Sector Público, es reseñable la lograda defensa que el autor nos brinda sobre la posibilidad de que entes pertenecientes al Sector Público y no Administraciones Públicas a efectos del TRLCSP puedan celebrar contratos de concesión de obras públicas. Y lo que es más, en términos de *lege ferenda*, el autor animará al establecimiento de unas mismas reglas para todos los contratos de concesión de obras públicas adjudicados en general por el Sector Público, pues ello, no oponiéndose al Ordenamiento comunitario contribuiría sobremedida a la armonización interna de los procedimientos de contratación pública.

Para finalizar este segundo capítulo el autor analiza el alcance subjetivo que encierra cada una de las partes intervinientes en un contrato de CPP. En referencia al Sector Público, el autor observa la existencia —como en el caso del contrato de concesión de obras públicas— de dos modalidades de CPP derivadas de las diferentes partes contratantes públicas: de un lado, los contratos administrativos de CPP adjudicados por una Administración Pública y sujetos a regulación armonizada *en todo caso*. Del otro, los contratos privados de CPP adjudicados por entes pertenecientes al Sector Público pero que no son Administraciones Públicas y no sujetos a regulación armonizada. Por su parte, el apelativo al Sector Privado no se muestra ajeno a problemas conceptuales y, por derivación, prácticos, ya que en lugar de establecerse el

Sector Privado como el antagonista al Sector Público (3.1 TRLCSP), se identifica aquel con la categoría de la «entidad de derecho público», lo que puede derivar en un paradójico *contrato de colaboración entre el Sector Público y el Sector Público*.

Otro de los pilares que dan sustento a la teoría general de los contratos, su objeto, se trata en el capítulo tercero de la monografía, donde se estudia «El objeto del contrato como circunstancia determinante para su calificación jurídica».

Siguiendo el posicionamiento apuntado en las precedentes líneas, concluye el autor que el contrato de obra y de concesión de obras públicas comparten de manera esencial un mismo objeto contractual, si bien no es menos cierto que las diferencias entre uno y otro radican meramente en el lugar donde el legislador ha colocado el acento —el verdadero *telos*— del contrato: en la parte *estática* (la obra como resultado) o en la parte *dinámica* (la obra como proceso), respectivamente. Distintas caras de una misma moneda que el legislador recoge bajo un mismo significante, obra, y que, como con acierto trae a colocación el autor, otros Ordenamientos jurídicos —el italiano o el francés— recogen bajo conceptos diversos.

La concesión de obras públicas nace con la realización de una obra, no obstante el verdadero aspecto diferenciador de la misma radica en su proceso de explotación. He aquí un aspecto esencial de este contrato y que el autor no deja ni mucho menos de lado en los dos últimos capítulos de su obra. «Obra susceptible de explotación económica» es un concepto clave donde los haya en relación con el tema objeto de estudio pero que, sin embargo, no es *per se* la nota distintiva definitiva entre el contrato de obras y el de concesión de obra pública, que, por el contrario, radica en el derecho exclusivo que la Administración otorga al concesionario como contrapartida a la construcción de la obra —es causa del mismo—, lo que claramente dependerá de la posibilidad de explotación de la ésta.

Así, para el autor el derecho de explotación de la obra consistirá, por oposición a la gestión de servicios públicos, en la puesta a disposición de la obra a los usuarios, que no será más que «*el ejercicio conjunto de la obligación de admitir a los usuarios de la obra y las facultades de organizar su utilización, exigiendo el abono de la correspondiente tarifa*».

A renglón seguido, se realiza un deslinde jurídico-dogmático entre los contratos de gestión y concesión de servicios públicos y el de concesión de obras públicas, para lo que se recurre a un criterio diferenciador por todos manejado, cual es el de la subsidiariedad o accesoriedad de la obra. Esta accesoriedad vendrá dada por el uso de la obra en sentido impropio que los usuarios realizan, es decir, «*el usuario de la obra no lo es tanto de la obra*».

como del servicio o la función administrativa que se presta sobre la misma». De manera ciertamente muy ilustrativa, el autor trae a colación los ejemplos de las concesiones de transporte y de obras hidráulicas, para poner de manifiesto la importancia que tiene la figura de la obra a la hora de diferenciar los contratos anteriormente señalados. Por lo que respecta a los contratos de concesión de servicios públicos, a lo antedicho el autor añade como criterio diferenciador un cierto *plus* materializado en la competencia y derechos exclusivos o especiales que el concesionario ostenta.

Continúa el trabajo prestando atención al debate relativo a los contratos de CPP, apoyándose en las tesis que abogan por su uso residual una vez justificada su necesidad y la invalidez de las restantes figuras contractuales. El autor considera —junto con opiniones doctrinales autorizadas— que la consciente indeterminación jurídica sobre el contenido de éstos no hace más que favorecer su desarrollo progresivo como *técnica de camuflaje* de un verdadero (y realizable) contrato de obras o de concesión de obras públicas. Pronunciándose sobre este último aspecto, el autor añade que por más que subsidiarios (el contrato de CPP al de concesión de obras públicas), ambas figuras son excluyentes entre sí. Así, no puede haber contrato de CPP que encierre un contrato de concesión de obras públicas, pues en ambos, los destinatarios de la obra son diferentes, plasmándose esta situación, como con meridiana contundencia muestra el autor, en quién ha de remunerar al contratista privado: Administración y terceros usuarios, respectivamente.

«La causa de los contratos. Especial atención a las consecuencias contables de su celebración» es el título del cuarto y último capítulo de esta monografía. En él, el autor nos presenta el modo particular en que se plasma el principio de equilibrio de riesgos entre Administración y concesionario en el contrato de concesión de obras públicas, la importancia de ese derecho de explotación al que antes hacíamos ya referencia y el eventual precio por la explotación de la obra, así como las facultades que ostentan una y otra parte para lograr el necesario equilibrio *bidireccional* de la concesión.

A lo largo de la exposición, se desgana la esencia última de la que bebe y a la que se somete el contrato de concesión de obras públicas, una retribución del contratista que ha de venir *vinculada* al uso de la obra —no derivada de la explotación de zonas comerciales complementarias, que será fijada en los pliegos, pero que en todo caso requerirá de separación contable—, y donde la asunción de, al menos, una parte del riesgo y ventura en la realización de la obra ha de correr a cargo del concesionario, pues admitir lo contrario sería tanto como transformar aquel en un simple contrato de obra.

Como es común a lo largo de su obra, el autor nos muestra esta vez un sugerente criterio en lo referente a la asunción de riesgos bajo el que de un lado valorar las diferentes proposiciones antes de su adjudicación y del

otro, buscar el reequilibrio económico de la concesión, una vez las vicisitudes propias de la contratación pública —*ius variandi, factum principis*— hubieran alterado aquel. Así, BERNAL BLAY opta por el establecimiento de una línea de flotación sobre la que han de situarse los beneficios debidos del concesionario, identificando un haz de puntos fácticos con una situación de equilibrio y estableciendo un abanico de asunción de riesgos por parte del concesionario, donde la mayor asunción de riesgos por éste sería criterio a valorar a la hora de adjudicar el contrato.

Dando término a su monografía, el autor nos da muestra de lo que él denomina como «desarrollo de las técnicas «paraconcesionales» al calor de su tratamiento contable», y que no es más que el creciente recurso al contrato de CPP como técnica para evitar repercusiones negativas en términos de déficit estatal, una vez que la asunción por parte del contratista del riesgo de construcción y del riesgo de disponibilidad o de demanda hacen que los activos en cuestión no sean clasificados como públicos —sin consecuencias por tanto en el déficit público—, conllevando lamentablemente que la contratación pública contemporánea pase de apoyarse en el criterio del interés general a ordenarse en función de los intereses de política económica de turno.

Es este el momento de poner punto y aparte a esta pequeña muestra de la obra de BERNAL BLAY, y decimos bien, *punto y aparte*, porque de la calidad, rigor y contundencia de la monografía que aquí se recensiona, se denota un gran saber hacer que por seguro nutrirá a esta disciplina de nuevas aportaciones de las que disfrutar y aprender.

La presente monografía da pleno contenido al significativo estudio científico, mostrándonos lo que fueron, lo que son y lo que debieran ser un conjunto de figuras jurídicas que por más que no son de novedosa creación en nuestro Ordenamiento presentan importantes zonas oscuras que alimentan su confusión, en ocasiones de modo inconsciente, otras de manera *deliberada*. Una obra en la que el autor maneja con suma habilidad las diferentes categorías normativas vigentes (Derecho comunitario, estatal y autonómico), pasando por el Derecho comparado, hasta llegar a una plasmación muy cuidada de las más pequeñas controversias y conflictos que en el plano práctico está provocando una regulación sobre el particular difusa y deficiente. Una obra que, sin reservas, merece lectura por todo aquel amante de la disciplina administrativista.

David ARJONES GIRÁLDEZ