

## NOTAS SOBRE LA FINANCIACIÓN DE LA OBRA PÚBLICA MEDIANTE EL OTORGAMIENTO DE CONCESIONES DE DOMINIO PÚBLICO

Por

ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA

*SUMARIO: I. Consideración de carácter general: sobre el alcance de las modificaciones introducidas en materia de financiación.—II. El pago mediante el otorgamiento de una concesión demanial sólo es posible en relación con obras no susceptibles de explotación económica.—III. Constituye una opción de la Administración.—IV. Alcance de la exigencia de que sólo pueda utilizarse en relación con la construcción y conservación, o sólo conservación, de la obra pública.—V. ¿Cabe el otorgamiento de la concesión sobre bienes de dominio público ajenos a la Administración contratante?—VI. La concesión de dominio público debe otorgarse en la zona de servicios o en el área de influencia en que se integra la obra.—VII. ¿Cabe un sistema de pago mixto (parte en dinero y parte mediante el otorgamiento de la concesión demanial)?—VIII. La concesión se otorga «conforme a la legislación demanial específica de la misma». Sobre la coexistencia del contrato y de la concesión demanial: unidad de procedimiento.—IX. Sobre la duración de la concesión demanial. Modificación del contrato.—X. Sobre la operatividad del principio de riesgo y ventura en este ámbito.—XI. La transmisibilidad de los derechos de cobro frente a la Administración.—XII. Repercusión de la extinción del contrato sobre la existencia de la concesión demanial (y viceversa).*

### I. CONSIDERACIÓN DE CARÁCTER GENERAL: SOBRE EL ALCANCE DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN MATERIA DE FINANCIACIÓN

Las recientes modificaciones introducidas en la regulación de la contratación administrativa han tenido como principal objetivo facilitar la financiación (pública o privada) de las obras públicas. Tanto la Ley 44/2002, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero —en cuyo art. 17 se dio nueva redacción al art. 100 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (1)—, como la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas (y ya antes, el art. 147 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, referido al sistema de abono total al concluir la obra), han tenido como finalidad común introducir mecanismos que permitan la construcción, conservación y, en su caso, explotación de obras públicas sin necesidad de que la Administración contratante desembolse fondos públicos, al menos inicialmente. A su vez, para permitir la afluencia de capital

(1) En adelante, LCAP.

privado en este ámbito, se han establecido instrumentos de diversa índole dirigidos a facilitar que el contratista o concesionario pueda efectivamente obtener los fondos precisos a tal fin.

Por tanto, las recientes reformas legislativas tienen un doble e interconectado objetivo:

1. Por un lado, diseñan un marco legal más flexible que facilita a la Administración, como se dice, contratar la construcción, conservación o explotación de las obras públicas sin necesidad de desembolsar, al menos inicialmente, importe alguno, o bien abonar su importe en especie, concretamente mediante el otorgamiento —en concepto de contraprestación— de una concesión de dominio público. Junto a la modalidad —ya existente con anterioridad— aplicable a determinado tipo de contrato consistente en el abono total del precio al concluir la ejecución de la obra (el conocido como «método alemán»), se regula ahora también de una manera más pormenorizada el contrato de concesión de obras públicas, que permite, en cualquiera de sus modalidades (construcción y explotación o sólo explotación de las obras), que el concesionario sea retribuido mediante el reconocimiento del 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 Libro II de la LCAP.

2. A su vez, se dota a quienes asumen la obligación de financiación (el contratista o concesionario) de mecanismos que les facilitan obtener la correspondiente financiación. A tal fin responden diversos instrumentos inexistentes hasta ahora en este ámbito, o al menos carentes de un soporte legal suficientemente preciso y claro. Así, por ejemplo, se regula ahora explícitamente la cesión en masa (*factoring*) de derechos de cobro contra la Administración generados en el ámbito de la contratación administrativa; y en relación con el contrato de concesión de obras públicas, la posibilidad de hipotecar dicha concesión, la emisión de obligaciones y otros títulos por el concesionario, la incorporación a títulos negociables de los derechos de crédito del concesionario o, en fin, la utilización de créditos participativos. Es lógico que si se pretende que el contratista o concesionario soporte, al menos inicialmente, los costes de construcción, conservación o explotación de las obras, se le facilite atraer dinero para su financiación mediante el establecimiento de instrumentos que infundan seguridad y certidumbre en el mercado (otra cosa es el grado de éxito alcanzado —en lo que a la seguridad y certidumbre se refiere— con la actual regulación).

La situación actual, en lo que a la financiación y construcción de las obras públicas se refiere, quedaría de la siguiente manera:

— Construcción mediante la adjudicación de un *contrato administrativo de obras* a través de alguna de las modalidades siguientes:

a) Abono al contratista mediante certificaciones y abonos a cuenta en los términos previstos en el artículo 145 de la LCAP, es decir, la expedición mensual de certificaciones que comprendan la obra ejecutada durante dicho período de tiempo (2). En este caso, no habrá propiamente financiación por parte del contratista, quien incluso tendrá derecho a percibir abonos a cuenta por las operaciones preparatorias en los términos previstos en el artículo 145.2 de la LCAP.

b) Abono único al contratista en el momento de la terminación de la obra. Se trata de la modalidad de «abono total de precio» o «método alemán». En este caso, el contratista sí financia la construcción de la obra, en los términos y con el alcance previstos en el artículo 147 de la Ley 13/1996, aunque percibirá la contraprestación completa después de concluida la obra.

c) Abono al contratista mediante el otorgamiento de una concesión de dominio público. Lo característico de esta figura —a la que se refieren fundamentalmente las presentes reflexiones— es la forma en la que la Administración abona su contraprestación, y quizá no tanto que pueda requerir la financiación por parte del contratista, puesto que, a mi juicio, la regulación actual admite tanto que la concesión demanial esté operativa desde un principio (lo que le permitiría al contratista, al menos en parte, financiar la ejecución de las obras) como que se retrase dicha operatividad hasta el momento en el que se concluya la ejecución de las obras (o en cualquier otro momento), lo que requerirá, obviamente, un esfuerzo de financiación mayor por parte del contratista.

— Es posible también la construcción y explotación de la obra pública en régimen de concesión, a través del *contrato de concesión de obras públicas* regulado en el Título V del Libro II de la LCAP. En este caso, el contratista financiará la construcción, percibiendo a cambio, como ya se ha destacado, una retribución consistente en la explotación de la propia obra construida, en tal derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en el mencionado Título V.

Hechas estas reflexiones iniciales, me voy a centrar en el examen de los artículos 130 y ss. de la LCAP, que conforman la Sección Segunda del Capítulo I del Título I del Libro II de la LCAP, Sección titulada «*Financiación de la obra pública mediante concesión de dominio público*».

---

(2) No obstante, además de que en el pliego podrán establecerse períodos a certificar distintos, se trata de un precepto que, excepto en lo que se refiere a la necesidad de que la certificación se expida en los diez días siguientes al mes al que corresponda, carece de la condición de «legislación básica», con las consecuencias que ello comporta.

II. EL PAGO MEDIANTE EL OTORGAMIENTO DE UNA CONCESIÓN DEMANIAL  
SÓLO ES POSIBLE EN RELACIÓN CON OBRAS NO SUSCEPTIBLES  
DE EXPLOTACIÓN ECONÓMICA

La modalidad de pago prevista en los artículos 130 a 134 de la LCAP sólo es susceptible de ser aplicada en el contrato administrativo de obras, en particular cuando se trata de la construcción y conservación o sólo conservación de obra pública que *«no sea susceptible de explotación económica»*.

En efecto, la aludida Sección Segunda (*«Financiación de la obra pública mediante concesión del dominio público»*), integrada por los citados artículos 130 a 134 de la LCAP, forma parte del Título I del Libro II de la LCAP, es decir, se integra en el Título referido explícitamente al contrato de obras. No regula dicha Sección un tipo de contrato administrativo distinto, sino simplemente una modalidad de pago en el marco del contrato administrativo de obras. Ello significa que a los contratos que incorporen esta modalidad de pago (mediante el otorgamiento de una concesión demanial) les será de aplicación el régimen previsto para los contratos de obras, siempre, obviamente, respetando la aplicación preferente de las previsiones contenidas en los artículos 130 a 134 de la LCAP.

Debe aclararse igualmente que esta modalidad de pago no puede ser utilizada en relación con cualquier contrato de obras. Como se ha destacado, en el artículo 130 de la LCAP se establece en este aspecto que *«lo dispuesto en esta Sección resultará exclusivamente aplicable a los supuestos en que una obra pública, por su naturaleza y sus características, no sea susceptible de explotación económica y, por tanto, objeto del contrato de concesión de obras públicas regulado en el Título V del presente Libro»*. Esta previsión legal exige las tres aclaraciones siguientes:

— La susceptibilidad de explotación económica no constituye una nota distintiva del contrato de obras y del contrato de concesión de obras públicas. Ambos tipos de contratos pueden ser utilizados en relación con obras susceptibles de explotación económica. La diferencia estriba en que el contrato de concesión de obras públicas debe referirse —art. 220.1 de la LCAP— a obras relacionadas en el artículo 120 de la citada Ley 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...»*, mientras que el contrato de obras puede darse tanto en relación con obras susceptibles de explotación económica como con aquellas otras que no ofrezcan tal posibilidad.

— El artículo 130 de la LCAP, como se ve, restringe la posibilidad de utilizar la concesión de dominio público como forma de pago a aquellas obras públicas no susceptibles de explotación económica y, por tanto, no susceptibles de ser *«...objeto del contrato de concesión de obras públicas...»*. Pero esta última previsión no significa que si las obras hubieran sido susceptibles de explotación económica habrían sido objeto necesariamente de

un contrato de concesión de obras públicas, toda vez que dicha susceptibilidad de explotación económica no excluye la posibilidad de que la Administración opte por la utilización del contrato de obras y no por el contrato de concesión de obras públicas. Otra interpretación llevaría a la conclusión de que el contrato de obras sólo opera en relación con obras no susceptibles de explotación económica, solución, a mi juicio, inaceptable.

En definitiva, la susceptibilidad o no de explotación económica de la obra no define la existencia de un contrato de obras o de un contrato de concesión de obras públicas. En cambio, la no susceptibilidad de explotación de la obra sí define la existencia de un contrato de obras, pues excluye —según la definición contenida en el art. 220.1 de la LCAP— el contrato de concesión de obras públicas.

— Por lo demás, el mencionado artículo 130 exige —para que pueda utilizarse la concesión de dominio público como forma de pago— que las obras no ya simplemente no vayan a ser objeto de explotación económica, sino que ni siquiera potencialmente lo sean. En definitiva, que por su naturaleza y características la construcción y conservación, o sólo conservación, de la obra pública sea incompatible con su explotación económica

### III. CONSTITUYE UNA OPCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

Esta modalidad de pago —concurriendo los requisitos previstos para que sea aplicable— constituye una opción en favor de la Administración contratante. Señala el artículo 131 de la LCAP que, en los supuestos a los que se refiere el artículo anterior, la Administración podrá optar por utilizar esta modalidad de pago (concretamente, el precepto señala lo siguiente: «...*pudiendo otorgar como contraprestación la Administración competente por razón de la materia... una concesión de dominio público...*»), sin que nada le obligue a ello.

En realidad, la discrecionalidad de la Administración en este aspecto existe en trance de redactar el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares. Una vez que la Administración haya optado —en el ejercicio de dicha discrecionalidad— por establecer el pago mediante el otorgamiento de una concesión demanial, sus decisiones se verán ya constreñidas por los términos y características definidos a tal fin en el pliego.

En otras palabras, el otorgamiento de una concesión demanial como contraprestación debe estar prevista *ab initio* (en el pliego), sin que pueda imponerse posteriormente al contratista por el órgano de contratación. Ni siquiera cabría, a mi juicio, que, tras la adjudicación del contrato, la Administración y el contratista pudieran variar la forma de pago, sustituyendo, por ejemplo, el sistema de certificación mensual de obras por el otorgamiento de una concesión demanial, pues ello supondría una quiebra en aspectos relevantes del principio de licitación pública.

Cuestión distinta es que en el procedimiento negociado se haya podido prever en el pliego la posibilidad de negociar sobre este aspecto. El artículo 92.3 de la LCAP permite que, en los procedimientos negociados, el plie-

go de cláusulas administrativas particulares determine los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, hayan de ser objeto de negociación con las empresas. Debe considerarse que el otorgamiento de una concesión demanial como contraprestación entra dentro de lo que debe considerarse como «*aspectos económicos*» del contrato y, por ende, en principio nada impediría que el pliego permitiera negociar también sobre la posibilidad de obtener una concesión demanial como contraprestación o sobre los términos en los que la Administración habría de otorgar, en su caso, dicha concesión demanial.

Esta afirmación, a mi juicio, no está en contradicción con lo dispuesto en el artículo 132 de la LCAP, en cuanto exige que en el pliego se determinen el uso y destino, así como las características de la explotación, previstos para los bienes demaniales. El artículo 92.3 constituye suficiente cobertura para que, una vez previstos en el pliego el uso, destino y características de la explotación de los bienes demaniales, pueda también disponerse en el mismo la posibilidad de negociar sobre el alcance de dicha concesión demanial o incluso sobre su eventual sustitución, total o parcial, por el pago de la contraprestación en dinero.

#### IV. ALCANCE DE LA EXIGENCIA DE QUE SÓLO PUEDA UTILIZARSE EN RELACIÓN CON LA CONSTRUCCIÓN Y CONSERVACIÓN, O SÓLO CONSERVACIÓN, DE LA OBRA PÚBLICA

Esta modalidad de pago podrá utilizarse en contratos de ejecución y mantenimiento (para la construcción y conservación de la obra pública) o sólo de mantenimiento (para la conservación de la obra pública). Así lo dispone el artículo 131 de la LCAP.

Las referencias a la «*construcción*» y «*conservación*» de la obra pública pueden resultar un tanto imprecisas, especialmente si se ponen en conexión con la definición que del contrato de obra se contiene en el artículo 120 de la LCAP. En este precepto se alude a la «*construcción*» de bienes de naturaleza inmueble, la «*realización*» de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo y la «*reforma, reparación, conservación o demolición*» de los anteriores. Admitido que la regulación contenida en los artículos 130 a 134 de la LCAP se inserta con naturalidad dentro del marco del contrato de obras, habrá que concluir que cuando el artículo 131 del mismo texto legal se refiere a la «*construcción y conservación*» de la obra pública debe ponerse en conexión con todos los aspectos que, contenidos en el artículo 120, definen el contrato de obras, y no sólo, por tanto, con algunos de ellos. De esta manera, por ejemplo, la regeneración de playas (que, según el tenor literal del art. 120, no constituye un supuesto de «*construcción*» ni de «*conservación*») podría ser el objeto de un contrato de obras bajo la modalidad de pago mediante el otorgamiento de una concesión demanial.

En definitiva, debe hacerse una interpretación amplia del artículo 131

de la LCAP para ponerlo en conexión con lo que, según el artículo 120 de la misma, puede constituir el objeto de un contrato de obras.

#### V. ¿CABE EL OTORGAMIENTO DE LA CONCESIÓN SOBRE BIENES DE DOMINIO PÚBLICO AJENOS A LA ADMINISTRACIÓN CONTRATANTE?

Dispone el artículo 131 de la LCAP que «*la Administración competente por razón de la materia*» podrá otorgar, como contraprestación, una concesión demanial. No alude el precepto al «*órgano de contratación*» o a la «*Administración contratante*», lo que provoca inmediatamente las siguientes interrogantes: ¿tiene necesariamente que otorgar la concesión demanial la Administración contratante?; ¿es posible el otorgamiento, como contraprestación a favor del contratista, de una concesión sobre bienes de dominio público ajenos a la Administración contratante?

Inicialmente, la aparente respuesta lógica sería la de que el pago de la contraprestación a favor del contratista le corresponde efectuarlo a la otra parte en el contrato, es decir, a la Administración contratante, que será precisamente la que deberá disponer (mediante la constitución de una concesión a favor del contratista) de bienes demaniales de su propiedad para tal fin. No cabe desconocer, sin embargo, que podrían esgrimirse dos argumentos en contra de esta conclusión:

— En primer lugar, que, como se ha visto, el artículo 131 se refiere a «*la Administración competente por razón de la materia*» como aquella a la que le corresponde otorgar la concesión de dominio público. No se refiere al «*órgano de contratación*» ni a «*la Administración contratante*», de lo que podría extraerse la conclusión de que el legislador ha admitido que una Administración pueda otorgar una concesión sobre bienes de dominio público suyos como forma de financiar el contrato de obra adjudicado por otra Administración distinta.

— En segundo término, y en íntima conexión con lo anterior, no puede perderse de vista el hecho de que las obras pueden estar cofinanciadas por varias Administraciones Públicas, sin que por esa razón se conviertan todas ellas automáticamente en Administración contratante. El contrato habrá sido suscrito por aquella Administración que haya convocado la licitación y que haya resuelto sobre la adjudicación. La circunstancia de que exista otra Administración cofinanciadora no convierte a ésta, como se dice, en parte del contrato administrativo.

Pues bien, admitida la cofinanciación por distintas Administraciones Públicas, podría concluirse que nada impide que la Administración cofinanciadora (que no asume la condición de Administración contratante) pueda utilizar la concesión sobre bienes de dominio públicos suyos para tal fin. A través de este mecanismo se estarían financiando con bienes demaniales propios (mediante el otorgamiento de su uso privativo al contratista).

ta) la construcción y conservación de obras ajenas —pertenecientes a otra Administración Pública (3)—. En principio, esta situación no podría calificarse de anómala, toda vez que cuando se cofinancia una obra mediante dinero la Administración cofinanciadora estará también destinando fondos a una obra ajena. La única diferencia radicaría en el instrumento utilizado como medio de cofinanciación, es decir, dinero o concesión demanial, pudiendo argumentarse que no existen razones para admitir la cofinanciación en un caso y no en otro.

Sin embargo, a pesar de la consistencia de los argumentos expuestos, la realidad es que admitir la financiación ajena (por otra Administración) mediante el otorgamiento de una concesión demanial implica un cúmulo de problemas a los que no se da, ni mínimamente, respuesta en la parca regulación que sobre esta modalidad de pago se contiene en los artículos 130 a 134 de la LCAP. Fundamentalmente, admitir esta forma de financiación ajena implicaría necesariamente, a mi juicio, hacer partícipe a la Administración que concede el bien de dominio público en el procedimiento y decisión sobre la adjudicación del contrato.

En efecto, obsérvese que la LCAP, en su artículo 133, se refiere a la selección del «*contratista y concesionario*», de lo que parece desprenderse que el acto de adjudicación del contrato administrativo debe tener una naturaleza compleja: por un lado, adjudica el contrato administrativo de obras y, por tanto, a partir de dicho instante se produce la perfección del mismo (nace al mundo jurídico); por otro, a través de ese mismo acto, se adjudica una concesión de dominio público que permitirá al contratista, en los términos previstos en el pliego correspondiente y en el acto de adjudicación, usar privativamente la porción de dominio público de que se trate. Por tanto, en virtud del acto de adjudicación, el licitador se convierte en contratista y, además, en concesionario de un bien de dominio público, y de hecho el artículo 133 de la LCAP, al referirse a los criterios de selección, alude explícitamente a la *valoración conjunta* por el *órgano de contratación* de la oferta realizada tanto en lo que se refiere a la obra como a las actuaciones y explotación del bien demanial.

Cuando la Administración contratante es, a su vez, titular del bien demanial, los problemas se reducen sustancialmente, toda vez que la Administración Pública correspondiente, actuando con personalidad jurídica propia, será la titular del bien demanial, debiendo resolverse internamente los problemas que puedan eventualmente existir por la adscripción del bien a órganos administrativos internos distintos de aquel que se erige en órgano de contratación.

El problema se complica si se admite la posibilidad de financiación por otra Administración a través de esta modalidad, puesto que en tal caso habría de admitirse también su participación en el procedimiento de adjudicación del contrato, fundamentalmente por las siguientes razones:

---

(3) Es evidente, no obstante, que, aun siendo ajenas las obras, la entidad pública cofinanciadora tiene un interés en que la obra se construya o conserve, lo que justifica dicha cofinanciación.



— El artículo 134 de la LCAP prohíbe que pueda otorgarse una concesión de dominio público a resultados del contrato de obras a adjudicar (4).

— Para seleccionar al «*contratista y concesionario*» habrán de valorarse, entre otros aspectos, las actuaciones que el licitador se proponga realizar sobre el dominio público y el régimen de explotación que prevea para éste (art. 133), valoración respecto de la que, obviamente, algo tendrá que decir la Administración titular del bien demanial de cuya explotación se trata. Ello implicaría dar entrada en el seno del procedimiento de adjudicación, en trance de valorar las ofertas realizadas, a la Administración que, sin adoptar la condición formal de parte contratante, sin embargo, intervendría en su condición de titular del bien demanial. Lo cierto es que, como ya se ha destacado, el artículo 133 de la LCAP explícitamente señala que será el órgano de contratación (sin que se refiera a que pueda actuar conjuntamente con órganos de otra Administración distinta) el que valorará conjuntamente la oferta tanto en sus aspectos relacionados con la obra como con la concesión demanial.

— Finalmente, también justificaría su intervención el hecho de que, como se dice, el licitador se convertirá en contratista y concesionario simultáneamente. La Ley no prevé la posibilidad de que la concesión se otorgue con posterioridad a la adjudicación del contrato, lo cual, por lo demás, es lógico, toda vez que el contratista querrá tener asegurada desde un principio la contraprestación que le corresponda por la ejecución del contrato. Cuestión distinta es que el inicio en la explotación del bien demanial pueda dilatarse en el tiempo (es decir, pueda no coincidir con el comienzo de la ejecución del contrato), circunstancia que no estaría en contradicción con lo anteriormente expuesto, pues lo determinante es que, como se dice, el contratista asuma simultáneamente la condición jurídica de concesionario. Los términos en los que se explotará la concesión (y, por tanto, la posibilidad de que el comienzo en la utilización privativa del bien demanial pueda dilatarse más o menos en el tiempo) constituye un aspecto distinto que habrá sido asumido y aceptado por el licitador.

---

(4) Es cierto, no obstante, que se utiliza en el precepto una redacción a mi juicio mejorable, pues podría interpretarse que se ha querido hacer operativa dicha prohibición exclusivamente cuando contravenga el régimen de utilización de los bienes demaniales regulado en las leyes específicas. O, dicho de otra manera, que sería admisible el otorgamiento de concesiones a resultados del contrato de obras a adjudicar cuando ello no contraviniera la legislación demanial de aplicación. De admitirse esta posibilidad, la adjudicación del contrato y el otorgamiento de la concesión demanial no formarían parte de un único acto administrativo complejo, pues se producirían en momentos cronológicamente distintos (antes del otorgamiento de la concesión demanial y después la adjudicación del contrato), además de que ello facilitaría la admisibilidad de financiación por otra Administración mediante el otorgamiento de una concesión demanial.

Sin embargo, a mi juicio, la Ley ha configurado la concesión demanial como un elemento del procedimiento selectivo para la adjudicación del contrato, puesto que habrán de valorarse, entre otros aspectos, las actuaciones que el licitador pretenda realizar sobre el dominio público y sobre su régimen de explotación. Otorgar anticipadamente la concesión —supeditada al resultado de la adjudicación (siempre que ello no contraviniera la legislación sectorial demanial aplicable)— supondría de alguna manera romper con el esquema diseñado por el legislador.

Siendo esto así, si el bien demanial pertenece a otra Administración Pública, y, a su vez, se exige que simultáneamente el licitador se convierta en contratista y concesionario, habría que concluir que tanto en el procedimiento de adjudicación del contrato como en el acto mismo de adjudicación habría de darse participación a la Administración (no contratante) titular de los bienes demaniales, aspecto sobre el que no existe regulación alguna en los artículos 130 a 134 de la LCAP.

En definitiva, sin negar que pueda ser oportuno abrir la posibilidad a que la cofinanciación por otra Administración pueda producirse a través de esta modalidad de pago (mediante el otorgamiento de una concesión demanial), sin embargo, insisto en que, en mi opinión, la regulación actual es en sí misma insuficiente para dar respuesta a todas las cuestiones que suscitaría el supuesto.

#### VI. LA CONCESIÓN DE DOMINIO PÚBLICO DEBE OTORGARSE EN LA ZONA DE SERVICIOS O EN EL ÁREA DE INFLUENCIA EN QUE SE INTEGRA LA OBRA

El artículo 131 de la LCAP establece que la contraprestación debe consistir en una concesión de dominio público en la zona de servicios o en el área de influencia en que se integra la obra. De esta previsión cabría extraer las siguientes conclusiones:

— Esta modalidad de pago sólo opera, según disposición expresa de la Ley, mediante la entrega de bienes de dominio público al contratista. No se prevé la posibilidad de que la contraprestación se instrumente a través de la entrega de bienes patrimoniales de la Administración.

Sin embargo, si de lo que se trata es de evitar una salida directa de dinero del erario público, nada impediría, al menos *de lege ferenda*, abrir la posibilidad a que los bienes patrimoniales de la Administración pudieran servir de instrumento para acometer esta modalidad de pago. En cualquier caso, la actual regulación no permite esta posibilidad, toda vez que la redacción del artículo 131 (y concordantes) de la LCAP denota claramente que ha querido limitarse el supuesto a los bienes de dominio público, de manera que sería necesario introducir la correspondiente modificación legislativa que permitiera tal posibilidad. Obviamente, abrir esta modalidad de pago a los bienes patrimoniales exigiría la instrumentalización de la cesión del uso del bien patrimonial a través de alguno de los negocios jurídicos admitidos en Derecho, pues la concesión, en sentido jurídico-administrativo, opera exclusivamente —en el ámbito al que ahora nos referimos— en relación con los bienes de dominio público.

— La contraprestación consistirá en el otorgamiento al contratista de una concesión administrativa de dominio público, con el fin de permitirle el uso privativo de una porción de dominio público, de manera que limite o excluya la utilización por los demás. Se excluye de esta manera, como contraprestación, el uso común especial (sometido a autorización y no a

concesión) de los bienes demaniales, lo cual es lógico pues, en definitiva, el citado uso especial no deja de ser un uso común, entendido como el que corresponde por igual a todos los ciudadanos indistintamente, de modo que el uso de unos no impida el de los demás.

Se trata, por tanto, de otorgarle al contratista algo que en principio no le correspondería, mediante la creación *ex novo* a su favor —a través de la concesión demanial— de un derecho. Mediante la utilización de la porción de dominio público el contratista-concesionario obtendrá unos ingresos que, además de satisfacer el coste de la obra pública, le permitirán obtener sus correspondientes beneficios. Cuestión distinta, a la que más adelante me refiero, es la operatividad en este ámbito del principio de riesgo y ventura y la eventual aplicación del principio de equilibrio económico-financiero del contrato (en conexión con la concesión demanial otorgada como contraprestación).

— Finalmente, el artículo 131 de la LCAP exige que los bienes demaniales cuya concesión se otorga como contraprestación se encuentren *«en la zona de servicios o en el área de influencia en que se integra la obra»*. Se busca con ello mantener una conexión entre la obra cuyo pago se pretende y el bien demanial cuya concesión sirve de instrumento de pago. Esa conexión puede producirse de dos maneras:

a) Por razón de la actividad que va a desarrollarse en la porción de dominio público concedida. Así acaecerá cuando la concesión demanial se produzca *«en la zona de servicios»* de la obra. Hay que considerar que en este caso la conexión se produce, como se dice, porque la actividad desarrollada en esa *«zona de servicios»* servirá a la obra realizada como un complemento de su propia existencia.

b) También es posible que se produzca no ya por razón de servir de complemento a la obra realizada, sino por encontrarse el bien demanial en un ámbito que se ve afectado por la obra. Normalmente, se tratará de zonas adyacentes o cercanas a la obra, sobre las que dicha obra suponga un cambio o incidencia.

En todo caso, no existe una definición legal en la LCAP sobre lo que debe considerarse a estos efectos como *«área de influencia en que se integra la obra»*, lo que significa que habrá de resolverse la cuestión caso por caso.

## VII. ¿CABE UN SISTEMA DE PAGO MIXTO (PARTE EN DINERO Y PARTE MEDIANTE EL OTORGAMIENTO DE LA CONCESIÓN DEMANIAL)?

Nada dice explícitamente al respecto la legislación de contratos. Sin embargo, en mi opinión, debe admitirse esta posibilidad de pago mixto, ya que si a la Administración se le permite (no se le obliga) utilizar la concesión demanial como contraprestación, parece lógico admitir también que

pueda utilizar tal posibilidad para cubrir sólo parcialmente la contraprestación. Evidentemente, el pliego de cláusulas administrativas particulares deberá prever todas estas circunstancias, a las que se someterá incondicionalmente el licitador cuando formula su oferta.

En realidad, este sistema mixto de pago al contratista (parte en dinero y parte mediante el otorgamiento de la correspondiente concesión demanial) puede ser observado en tres situaciones distintas:

— En primer lugar, cuando la Administración que convoca el procedimiento de licitación es la financiadora única, supuesto en el que, como se dice, nada impedirá que pueda utilizar el aludido sistema mixto, siendo de aplicación con plenitud lo dispuesto en los artículos 130 y ss. de la LCAP, aunque referidos sólo, obviamente, a la parte que se abona mediante el otorgamiento de la concesión demanial.

— En segundo término, es posible que haya una cofinanciación de la obra pública, de manera que la Administración no convocante (la que cofinancia sin formar parte del contrato administrativo) aporta dinero, mientras que la Administración contratante abona la parte que le corresponde mediante el otorgamiento de una concesión demanial.

— En tercer y último lugar, es posible también plantear la situación anterior pero a la inversa, es decir, que sea la Administración cofinanciadora (que no forma parte del contrato administrativo) la que pretenda financiar la parte que le corresponda a través del otorgamiento de una concesión sobre bienes de dominio público suyos. Las dificultades de admitir el pago de la contraprestación al contratista mediante la utilización de bienes demaniales ajenos a la Administración contratante ya han sido expuestas con anterioridad, lugar al que me remito.

#### VIII. LA CONCESIÓN SE OTORGA «CONFORME A LA LEGISLACIÓN DEMANIAL ESPECÍFICA DE LA MISMA». SOBRE LA COEXISTENCIA DEL CONTRATO Y DE LA CONCESIÓN DEMANIAL: UNIDAD DE PROCEDIMIENTO

Dispone el artículo 131 de la LCAP que la concesión demanial se otorgará por la Administración competente por razón de la materia «*conforme a la legislación demanial específica de la misma*». Esta última referencia («*de la misma*») implica un reenvío a la legislación patrimonial propia de la Administración que otorga la concesión demanial, lo que exigirá operar con dos grupos normativos diferentes: por un lado, la legislación de contratos administrativos en lo que se refiere a la preparación, adjudicación, efectos y extinción del contrato administrativo de obras; por otro, la legislación patrimonial correspondiente —en función de la Administración de que se trate— en lo que afecta al establecimiento, efectos y extinción de la concesión demanial.

Esta coexistencia de ambos regímenes normativos complica enormemente la situación, máxime si se tiene en cuenta la necesaria intercone-

xión entre el contrato administrativo y la concesión demanial, tanto en la fase de adjudicación u otorgamiento como en la relativa al despliegue de sus efectos y extinción.

En todo caso, la remisión contenida en el artículo 131 de la LCAP a la «*legislación demanial específica*» es ciertamente confusa y plantea frontalmente el problema aludido de la coexistencia de dos figuras jurídicas diferenciadas pero interconectadas: el contrato de obras y la concesión de dominio público. La aproximación a los problemas que plantea dicha coexistencia exige diferenciar dos momentos: antes de la adjudicación del contrato y después de dicha adjudicación.

*Antes de la adjudicación.* La remisión a la «*legislación demanial específica*» del artículo 131 de la LCAP plantea inmediatamente la siguiente interrogante: ¿esta remisión significa que debe seguirse el procedimiento establecido en la legislación demanial específica para el otorgamiento de una concesión de dominio público? Si, por ejemplo, se exige tramitar un concurso —de acuerdo con la legislación demanial específica— para otorgar una concesión demanial, ¿habría que tramitar dicho concurso simultáneamente al procedimiento selectivo para la adjudicación del contrato administrativo?; ¿podría acaso adjudicarse el contrato administrativo de obras y supeditarse la contraprestación a un concurso posterior —que podría no ganarlo el adjudicatario del contrato administrativo— dirigido a obtener la concesión demanial?

La aplicación literal de la aludida remisión a la legislación demanial «*específica*» daría lugar a problemas difícilmente superables, especialmente si con ello pretende tramitarse de manera separada la adjudicación del contrato administrativo y el otorgamiento de la concesión demanial. Hay un principio, a mi juicio, insoslayable para que opere el mecanismo de pago mediante el otorgamiento de la concesión demanial: la adjudicación del contrato administrativo y el otorgamiento de la concesión deben ser simultáneos, so pena, en caso contrario, de tener que admitir adjudicaciones condicionadas al otorgamiento de una posterior concesión demanial (o viceversa).

Lo cierto es que de la lectura de los artículos 130 y ss. de la LCAP en modo alguno se desprende que haya querido establecerse un sistema de adjudicaciones condicionadas a la posterior obtención de la concesión demanial, puesto que, en otro caso, no tendría sentido, por ejemplo, el artículo 133 de la LCAP cuando establece criterios de selección del «*contratista y concesionario*» (obsérvese que se refiere a ambas condiciones, que asumirá el licitador que formule la mejor oferta). En fin, para decidir sobre la adjudicación no sólo se tendrán en cuenta aspectos específicamente referidos a la obra, sino también a las actuaciones que el licitador se proponga realizar sobre el dominio público y el régimen de explotación que prevea para éste. Los criterios de selección —que obviamente habrá que tomar en consideración en la fase de adjudicación— afectan a la aludida doble vertiente, es decir, a la obra (objeto específico del contrato administrativo) y al dominio público (objeto de la concesión demanial). De ello se

desprende que para que sea verdaderamente operativo el sistema establecido será preciso que se tramite un único procedimiento administrativo, unidad procedimental que, como se ve, se desprende del contenido del artículo 133 de la LCAP.

Confirman la tesis que ahora sostengo los siguientes argumentos:

— El otorgamiento de la concesión demanial, aunque se genere a través de un acto administrativo con sustantividad propia, lo cierto es que en el contexto en el que se produce provoca una conexión inmediata y necesaria con el contrato de obras del que trae causa. No en vano la concesión demanial constituye precisamente la contraprestación que la Administración ofrece al contratista a cambio de la ejecución del contrato de obras. Para que adquiera pleno sentido el sistema será preciso que cuando se perfeccione el contrato administrativo (es decir, con la adjudicación), éste esté definido (y decidido) en todos sus extremos, también en lo que se refiere a lo que percibirá el contratista como contraprestación. En otras palabras, al adjudicarse el contrato administrativo, éste queda automáticamente perfeccionado de acuerdo con lo previsto en el artículo 53 de la LCAP, contrato en el que deberán quedar establecidas la prestación y la contraprestación que corresponde a cada una de las partes.

— Cuando el artículo 133 de la LCAP se refiere a la selección del «*contratista y concesionario*» y alude, a su vez, a los criterios de selección desde ambas perspectivas (contrato y concesión demanial), configura un régimen unitario, de forma que el procedimiento de adjudicación concluirá con un solo acto administrativo, si bien complejo, en el que se plasmarán las dos vertientes: significará la adjudicación del contrato y, a su vez, supondrá el otorgamiento de la concesión.

— El artículo 132 de la LCAP exige que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se determine el uso y destino, así como las características de la explotación, previstos para los bienes de dominio público objeto de la concesión. No existirán dos pliegos diferentes, uno referido al contrato de obras y otro a la concesión demanial, sino que, congruentemente con la tesis que sostengo, existirá un solo pliego, en el que, sin embargo, se regularán tanto los aspectos relativos a la obra como los que afectan al uso, destino y características de explotación de los bienes demaniales cuya concesión va a instrumentarse como medio de pago de la contraprestación al contratista.

— Finalmente, confirma cuanto ahora se sostiene el hecho de que la oferta que debe formular el licitador debe abarcar ambos aspectos, es decir, la obra objeto de contrato administrativo y el régimen de explotación de los bienes demaniales. El artículo 133 de la LCAP, al referirse a los criterios de selección, alude explícitamente a la *valoración conjunta* por el órgano de contratación de la oferta relacionada con ambos aspectos (5). Si el

---

(5) El licitador formula una sola oferta que, sin embargo, deberá abarcar tanto los aspectos relacionados con la obra como con la explotación de los bienes demaniales. El artículo 133 de la LCAP distingue lo siguiente:

órgano de contratación debe valorar conjuntamente la oferta realizada, y ésta debe necesariamente afectar tanto a la obra como al régimen de explotación de los bienes demaniales, deberá concluirse que el legislador ha querido configurar, se insiste, un sistema unitario en virtud del cual, a través de un solo procedimiento administrativo y de un acto final de dicho procedimiento, se adjudique el contrato y se otorgue la concesión demanial. No tendría sentido —e impediría de hecho la aplicación de esta modalidad de pago introducida en la LCAP— sostener que, exclusivamente en lo que se refiere a la concesión demanial, pueda entrar una tercera persona —que carece de la condición de licitador en el procedimiento selectivo del contrato— para obtener dicha concesión. Contrato administrativo y concesión demanial van en este aspecto indisolublemente unidos, si no quiere hacerse perder todo su sentido y operatividad a esta modalidad de pago.

Admitido lo anterior, cabría preguntarse cuál es el sentido y alcance de la remisión que se contiene en el artículo 131 de la LCAP a la «*legislación demanial específica*». Para dar respuesta a esta interrogante hay que partir, a mi juicio, de ciertas premisas. En efecto, dicha remisión debe entenderse operativa en tanto en cuanto no entre en contradicción con la configuración que la propia LCAP ha pretendido establecer en los artículos 130 a 134. Me refiero, por ejemplo, al procedimiento que eventualmente pueda establecerse en la legislación demanial específica para adjudicar concesiones de dominio público. Como ya se ha destacado, no sería congruente con la ya aludida y justificada configuración unitaria sostener que deben tramitarse paralelamente y por separado dos procedimientos selectivos distintos, uno para adjudicar el contrato administrativo y otro para otorgar la concesión de dominio público.

Cuestión distinta es que en el procedimiento unitario de licitación (para la adjudicación del contrato y para el otorgamiento de la concesión demanial) deban cumplirse los requisitos que la legislación demanial específica exija al efecto, siempre —se insiste— que no entren en contradicción con la configuración particular que la LCAP ha querido dar a esta modalidad de pago. Así, por ejemplo, el pliego de cláusulas administrativas particulares deberá determinar las características de la explotación de los bienes de dominio público, como exige el artículo 132 de la LCAP, si bien

---

a) En cuanto a la parte de la oferta relacionada con la obra, dependiendo de los términos en los que se haya convocado la licitación, deberá abarcar (i) la elaboración del proyecto, ejecución y mantenimiento de la obra, (ii) la construcción y mantenimiento o (iii) sólo sobre su mantenimiento. Obsérvese que el artículo 133 excluye la aplicabilidad de esta modalidad de pago mediante el otorgamiento de concesión en contratos de obra cuyo único objeto sea la construcción misma de la obra. El mencionado precepto legal exige que en cualquiera de las tres modalidades señaladas el mantenimiento de la obra esté presente sólo o conjuntamente con la construcción y elaboración, en su caso, del proyecto. De ello puede desprenderse la idea de que esta forma de financiación de la obra pública mediante concesión de dominio público está pensada sustancialmente para contratos de una duración más o menos prolongada.

b) Pero, junto a ello, la oferta deberá abarcar también lo relacionado con (i) las obras o actuaciones que el licitador se proponga realizar sobre el dominio público y (ii) el régimen de explotación que prevea para éste.

deberá hacerse teniendo en cuenta las previsiones que al respecto se contengan en la legislación demanial específica.

En síntesis, la remisión a la legislación demanial «específica» debe interpretarse en el sentido de que deberá cumplirse lo previsto en dicha legislación siempre que no entre en contradicción con el propio diseño de la figura contenido en los artículos 130 a 134 de la LCAP. Por ejemplo, cuando el bien de dominio público esté afecto a otro departamento distinto de aquel que asume la condición de órgano de contratación, deberán obtenerse previamente las autorizaciones o seguirse los trámites que permitan otorgar la concesión demanial, todo ello conforme a la legislación patrimonial aplicable.

*Situación tras la adjudicación.* En virtud de la adjudicación, y en los términos que ya se han resaltado, el licitador se convertirá simultáneamente en contratista y concesionario de dominio público. Mantendrá, por tanto, una vinculación jurídica compleja con la Administración, en la que se verán implicadas dos figuras jurídicas distintas (contrato y concesión demanial) aunque interconectadas. Esa coexistencia de ambas figuras plantea numerosas cuestiones. A algunas de ellas me refiero a continuación.

Inicialmente debe destacarse que la aludida doble condición del adjudicatario (contratista y concesionario) no implica necesariamente que el efectivo comienzo en el uso privativo del bien demanial se produzca simultáneamente al comienzo en la ejecución del contrato de obras. Nada impide, por ejemplo, que la efectiva explotación de los bienes demaniales se supedite a la previa ejecución de una parte o de todo el contrato administrativo o que se someta a término. También es posible que el comienzo en la referida explotación de los bienes demaniales sea correlativo al inicio en la ejecución del contrato de obras, toda vez que los artículos 130 y ss. de la LCAP no configuran propiamente un supuesto de financiación privada de obras públicas en el sentido de que el contratista deba adelantar el importe correspondiente para luego recuperarlo a través de alguna de las vías legalmente previstas al efecto, sino que se trata de financiar la obra pública mediante el otorgamiento de una concesión demanial. Debe ponerse el acento, por tanto, en la forma en que se financia y no en que se esté imponiendo al particular financiar la obra pública. Esto significa que, sin perjuicio de lo que pueda establecerse al efecto en el correspondiente pliego, nada impediría que, simultáneamente a la prestación que realiza el contratista, se le permita —en concepto de contraprestación— explotar los bienes demaniales concedidos.

Aunque la adjudicación del contrato y el otorgamiento de la concesión se produzcan en virtud de un solo acto administrativo (complejo), lo cierto es que dicho acto dará lugar, como ya se ha destacado, al surgimiento de dos figuras jurídicas distintas aunque interconectadas. El contrato de obras se regiría por la regulación prevista al efecto en la legislación de contratos, con las peculiaridades derivadas de las previsiones contenidas en los artículos 130 a 134 de la LCAP. Por su parte, la concesión demanial ya



constituida se regirá por la legislación patrimonial aplicable a la Administración concedente. Dos aspectos quieren destacarse:

— Cuando el artículo 131 de la LCAP se remita a la *«legislación demanial específica»*, dicha remisión no debe entenderse operativa sólo en relación con la fase previa o de otorgamiento de la concesión (con las matizaciones ya expuestas), sino que también será operativa, en principio, en lo que se refiere a los efectos y extinción de la concesión misma. Debe recordarse que la legislación de contratos no regula la concesión demanial, sino exclusivamente la concesión de servicio público (como una modalidad de gestión de los servicios públicos) y el contrato de concesión de obra pública, de manera que para conocer en toda su extensión las características y alcance de la concesión demanial habrá que acudir al título concesional (en este caso, el acto de adjudicación y otorgamiento de la concesión, complementado con la oferta y las cláusulas contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares que afecten a la concesión misma), así como a la legislación patrimonial aplicable al caso.

— Aunque cada una de las figuras se rijan por su legislación específica, sin embargo, ambas están interconectadas, como lo demuestra el hecho de que la concesión demanial da sentido al contrato de obras. Tratándose de un contrato oneroso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1274 del Código Civil, la concesión demanial, en su calidad de contraprestación a favor del contratista, constituye para éste la causa del contrato de obras. Por su parte, la concesión demanial pierde su sentido si se desconecta del contrato administrativo del que trae causa, pues la existencia misma de la concesión obedece al fin que se le ha asignado en el marco de dicho contrato.

Pero afirmar que en su origen contrato administrativo de obras (en esta modalidad de pago) y concesión demanial están necesitados uno del otro no significa que durante la fase de ejecución del contrato administrativo o del disfrute de la concesión no funcionen en algunos aspectos de manera autónoma. La cuestión que ahora planteo podría resumirse en las siguientes interrogantes: ¿el eventual incumplimiento por el concesionario de la legislación patrimonial repercute sobre la existencia del contrato administrativo de obras?; ¿qué ocurre si se resuelve anticipadamente el contrato de obras?; ¿subsistirá la concesión demanial? En definitiva, ¿la subsistencia de cada una de las dos figuras depende de la subsistencia de la otra?; ¿funcionan de manera autónoma cada una de las dos figuras tras la adjudicación del contrato y simultánea constitución de la concesión demanial?

Las respuestas a tales interrogantes deben partir del planteamiento de cuatro escenarios: la duración de la concesión en relación con el contrato de obras; las peculiaridades del principio de riesgo y ventura en esta modalidad de contrato de obras; la posible transmisibilidad de la concesión demanial; y, finalmente, la repercusión que la extinción anticipada de la con-

cesión o del contrato pueda tener sobre la otra figura (6).

#### IX. SOBRE LA DURACIÓN DE LA CONCESIÓN DEMANIAL. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

En cuanto al primer aspecto (duración del contrato y de la concesión), se ha destacado ya que el legislador ha previsto la aplicación de esta modalidad de contrato de obras a aquellos casos en los que se incluya, como objeto del contrato, el mantenimiento de la obra. El artículo 133 de la LCAP exige, en los tres supuestos que admite, que el mantenimiento de la obra forme parte del objeto del contrato administrativo en el que pretende incluirse la concesión demanial como contraprestación en favor del contratista. Se tratará, por tanto, de contratos de obras de duración prolongada, característica ésta que también es propia de las concesiones demaniales.

En cualquier caso, los artículos 130 a 134 de la LCAP nada dicen sobre la duración del contrato de obras ni de la concesión demanial. Varias notas, sin embargo, cabría señalar al respecto:

— El plazo del contrato de obras deberá determinarse en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares. Señala el artículo 95 de la LCAP que el contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para su realización, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva.

Igualmente, la Administración deberá haber fijado el plazo de duración de la concesión demanial, bien sea en el citado pliego (dado que en el mismo —se insiste— existirán previsiones referidas al contrato administrativo y otras específicamente a la concesión demanial), bien en el propio título concesional, entendido como tal el acto administrativo por el que se otorga la concesión. Esto último acaecerá especialmente cuando, por ejemplo, en el pliego se haya invitado a los licitadores a que incluyan en su oferta aspectos relativos precisamente al plazo de duración de la concesión.

En definitiva, la Administración deberá establecer el plazo de duración tanto del contrato como de la concesión, sin que sean admisibles ni contratos ni concesiones *sine die*.

— Aunque la Administración goza de discrecionalidad para establecer los citados plazos de duración, ya sea porque se fijan en el pliego (que es aceptado incondicionalmente por el licitador al formular su oferta), ya en trance de aceptar una oferta que incluya una proposición relativa al plazo

---

(6) Debe llamarse la atención previamente sobre el hecho de que uno de los peligros de la existencia de una regulación tan parca sobre la materia consiste en que finalmente se «legisla» a través de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, con el peligro e inseguridad que ello entraña. No obstante, en tanto no se desarrollen los artículos 130 a 134, es ciertamente aconsejable que en los pliegos se prevea una regulación detallada sobre las consecuencias derivadas de acontecimientos futuros, especialmente desde la perspectiva de las mutuas relaciones entre el contrato y la concesión demanial y las repercusiones que sobre cada una de tales figuras puedan derivarse de los avatares acaecidos sobre la otra.

de duración de la concesión, lo cierto es que en todo caso la Administración tendrá el límite que deriva de la existencia de un plazo máximo de duración de las concesiones demaniales, en los términos previstos en la legislación demanial específica aplicable. La circunstancia de que la concesión demanial vaya a servir de pago o contraprestación a favor del contratista no permite superar los plazos máximos de duración establecidos por la legislación demanial específica.

— Cuando se adjudica el contrato y se otorga la concesión, existirá una correlación en lo que se refiere al plazo de duración de ambas figuras. No quiero decir con ello que deban necesariamente tener la misma duración, sino que la alteración del plazo de duración de una de ellas (del contrato o de la concesión) puede provocar un desequilibrio (en favor o en contra del contratista-concesionario) que deberá corregirse.

En efecto, si se prorroga el plazo originariamente previsto de duración del contrato de obras, lógicamente, el contratista-concesionario tendrá derecho a recibir una contraprestación completa, y no sólo parcial. Ello implicará bien el abono al contratista-concesionario de una compensación económica que reequilibre la situación (7), bien la prolongación proporcional del plazo de duración de la concesión demanial. Sólo en el caso de que no fuera posible prorrogar la concesión por haber agotado el plazo máximo de duración previsto en la legislación demanial aplicable, habría que acudir necesariamente a la técnica de la compensación económica en la proporción que corresponda. No obstante, podría plantearse la posibilidad de que se otorgara una nueva concesión demanial como vía de compensación. En realidad, hay que distinguir dos situaciones: por un lado, que *ab initio* se haya previsto que la contraprestación consista no en una concesión demanial, sino en varias concesiones demaniales simultáneas (8); por otro, que, una vez adjudicado el contrato y otorgada la concesión, puedan posteriormente otorgarse nuevas concesiones —fuera ya, por tanto, del procedimiento selectivo originario— para ir compensando las modificaciones que puedan haber ido introduciéndose en el contrato de obras. No parece que esta última posibilidad implique una situación distinta —desde la perspectiva de los principios que informan la licitación pública— que la que derivaría del hecho de que el precio del modificado se abonara en dinero.

Por su parte, el acortamiento del plazo de duración del contrato de obras, y sin perjuicio de la compensación a la que eventualmente pudiera tener derecho el contratista, deberá implicar una correlativa reducción del plazo de duración de la concesión demanial, so pena, en caso contrario, de

---

(7) Ya he resaltado antes que, a mi juicio, debe admitirse el sistema mixto de pago, parte en dinero y parte mediante el otorgamiento de una concesión demanial.

(8) Aunque el artículo 131 de la LCAP se refiere a la «concesión de dominio público» (en singular), no parece que exista inconveniente en admitir el otorgamiento simultáneo de varias concesiones demaniales dirigidas todas ellas conjuntamente a servir de contraprestación en relación con un mismo contrato de obras, sin perjuicio de la evidente complejidad que ello introduciría.

percibir el contratista una contraprestación superior a la debida.

En definitiva, como se observa, aunque se trate de dos figuras que en principio despliegan sus efectos de manera autónoma, sin embargo, existe una relación mutua entre ambas, que incide en su existencia y producción de efectos.

— De igual manera, la eventual modificación del contrato de obras repercutirá sobre la contraprestación a percibir por el contratista-concesionario. La circunstancia de que la contraprestación vaya a ser abonada al contratista a través del otorgamiento de una concesión demanial, ni excluye ni mediatiza las prerrogativas que el artículo 59 de la LCAP reconoce a la Administración contratante, entre ellas el *ius variandi*. Ahora bien, ello tampoco supone merma en las garantías y derechos que la legislación de contratos reconoce al contratista. Sin perjuicio de lo que más adelante se expone en cuanto a la repercusión de la resolución del contrato sobre la concesión demanial y viceversa, el ejercicio de sus prerrogativas por la Administración (entre ellas el citado *ius variandi*) debe llevar consigo la correspondiente compensación, cuando proceda, a favor del contratista, lo que deberá materializarse bien mediante un ajuste en el plazo de duración de la explotación de la concesión demanial (o incluso en los términos y condiciones en los que ésta podría explotarse), bien a través de una compensación económica sin perjuicio de la subsistencia de la concesión demanial.

En todo caso, la conexión entre ambas figuras puede dar lugar en la práctica a situaciones muy diversas. Por ejemplo, en el caso de que el contratista esté explotando ya la concesión demanial simultáneamente a la ejecución del contrato de obras, puede darse el caso de que la Administración contratante acuerde, por ejemplo, la suspensión del contrato al amparo del artículo 102 de la LCAP. Y cabría preguntarse: ¿supondría ello la correlativa suspensión en la utilización privativa del bien demanial? Al supuesto planteado podría quizá dársele una relativamente fácil solución en el caso de que la suspensión del contrato se hubiera producido por causa imputable a la Administración o, en fin, por causa no imputable al contratista. No parece razonable en estos casos que se exija la correlativa paralización de la explotación del bien de dominio público, pudiendo considerarse que la explotación durante dicho período supone una forma de indemnizar al contratista-concesionario como consecuencia de la suspensión del contrato no imputable a él (siempre que, obviamente, se prorrogara la concesión demanial por un período igual al tiempo de duración de la suspensión del contrato, pues en otro caso no habría compensación real alguna al contratista). No obstante, es posible que los daños y perjuicios por dicha suspensión del contrato sean superiores, debiendo adoptarse en cada caso la solución más adecuada para que el contratista-concesionario quede indemne, es decir, sin sufrir perjuicio alguno, pero evitando también la obtención de ventajas imprevistas.

Si, por el contrario, la suspensión fuera debida a causa imputable al contratista, éste no tendrá derecho a compensación alguna, de manera que

o bien se opta por permitirle proseguir con la explotación de la concesión (pero sin prorrogar su plazo de duración por un tiempo equivalente al de la duración de la suspensión) o bien se acuerda el cese de la explotación del bien demanial mientras subsista la suspensión del contrato administrativo (en tanto en cuanto dicha explotación forma parte, en definitiva, del contrato de obras suspendido, en su condición de contraprestación).

#### X. SOBRE LA OPERATIVIDAD DEL PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA EN ESTE ÁMBITO

La aplicación del principio de riesgo y ventura también suscita diversas dudas en su aplicación cuando se opta por la modalidad de contrato de obras prevista en los artículos 130 a 134 de la LCAP. En efecto, el contrato administrativo se someterá al principio de riesgo y ventura en los términos previstos en el artículo 98 de la LCAP en conexión con lo dispuesto en el artículo 144 del mismo texto legal, lo que significa que el contratista asume los riesgos inherentes a la obra como «dueño» de la misma que es hasta que la entrega a la Administración, con la excepción de los casos de fuerza mayor en los términos y con el alcance establecidos en el artículo 144 de la LCAP.

Por otro lado, la matización o moderación del principio de riesgo y ventura y la aplicación del principio relativo al mantenimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión en ambos sentidos (a favor y en contra del contratista) constituyen pilares fundamentales de la reforma introducida por la Ley 13/2003, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas. Sin embargo, la citada Ley regula estos aspectos en relación exclusivamente con el contrato de concesión de obras públicas (y no, en cambio, al referirse al contrato de obras en la modalidad de pago previsto en los arts. 130 a 134 de la LCAP). Esta circunstancia plantea la siguiente interrogante: en el contrato de obras con pago mediante concesión demanial, ¿opera con plenitud —y en el sentido en el que ha venido siendo interpretado— el principio tradicional de riesgo y ventura?; ¿procede aplicar de manera analógica al contrato de obras los principios relativos al equilibrio económico introducidos por la Ley 13/2002 específicamente para el contrato de concesión de obras públicas?

A mi juicio, en principio no son trasladables al contrato de obras en la modalidad de pago mediante el otorgamiento de concesión demanial los principios que rigen el contrato de concesión de obras públicas. Debe recordarse que este último contrato inicialmente iba a ser regulado en una Ley independiente (distinta de la LCAP), quizá por las notables peculiaridades que querían introducirse en su regulación. Es cierto que, finalmente y merced a una observación del Consejo de Estado, se optó por una solución mejor desde el punto de vista de la técnica normativa, como ha sido la de incrustar la nueva regulación en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), lo que permite operar con un solo texto. Pero lo cierto es que, con mayor o menor justificación, el contrato de concesión de

obras públicas ha querido configurarse como un contrato peculiar con una regulación también peculiar, hasta tal punto que, por ejemplo, se ha alterado el esquema general de la Ley: hasta ahora, el Libro I de la LCAP era aplicable a todos los contratos administrativos, sin perjuicio de las peculiaridades previstas en el Libro II en relación con algunos contratos administrativos. Ahora dicho esquema se rompe en parte, toda vez que al contrato administrativo de concesión de obras públicas no se le aplica el Libro I de la LCAP al menos de manera preferente, pues, según dispone el artículo 7.2, el contrato de concesión de obras públicas se regirá con carácter preferente por las disposiciones contenidas en el Título V del Libro II de la Ley, sus disposiciones de desarrollo y por la legislación sectorial específica en cuanto no se oponga dicho Título, es decir, incluso las normas de desarrollo del Título V (y la legislación sectorial específica) se aplican con carácter preferente a la regulación contenida en el Libro I de la LCAP para todos los contratos administrativos.

Quiere con ello resaltarse que debe actuarse con cautela en trance de pretender aplicar análogicamente principios o normas contenidos en el Título V del Libro II de la LCAP a otros contratos administrativos, dada la singularidad con la que ha querido configurarse el contrato de concesión de obras públicas. Por lo que se refiere en concreto a los principios de riesgo y ventura y equilibrio económico-financiero, el citado Título V introduce en algunos aspectos una regulación ciertamente novedosa, regulación que adquiere quizá especial sentido atendiendo a la peculiaridad del contrato de concesión de obras públicas, llegando incluso a establecerse un sistema de restablecimiento del equilibrio cuando se hubiera roto en perjuicio o en favor del concesionario.

Pues bien, a mi juicio, al contrato de obras en la modalidad recogida en los artículos 130 a 134 de la LCAP le es aplicable el principio de riesgo y ventura en los términos previstos en el artículo 98 de la LCAP, así como también las técnicas de reequilibrio admitidas por la jurisprudencia. Esto significa que, en principio, el éxito o no por parte del contratista-concesionario en la explotación del bien demanial constituye un aspecto que entra dentro de la esfera propia de dicho contratista-concesionario, sin que un error en sus previsiones genere un correlativo derecho a obtener una compensación de la Administración. Ésta no asegura al contratista-concesionario que la explotación del bien demanial le permitirá alcanzar con éxito su objetivo, es decir, obtener la contraprestación esperada (con su correspondiente beneficio añadido). De igual forma, si la explotación de la concesión demanial diera lugar a un beneficio mayor del esperado, tampoco podrá la Administración pretender corregir dicha situación reduciendo el plazo de duración de la concesión o imponiendo cualquier otra restricción que impida o limite la utilización de la concesión en los términos previstos en el título concesional, todo ello sin perjuicio de las previsiones que eventualmente pudieran contenerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Cuestión distinta es que puedan producirse excepciones a la aplicación del principio de riesgo y ventura, no sólo en los casos de fuerza mayor,

sino también —como lo admite reiterada jurisprudencia— cuando se producen fenómenos que permitan la aplicación de la teoría del riesgo imprevisible (alteraciones en el precio que no sólo tienen carácter excepcional, sino que, además, son de tal intensidad que razonablemente no hubieran podido ser previstas por las partes) o desequilibrios producidos como consecuencia de decisiones imperativas adoptadas por la Administración (*factum principis*), haciendo el contrato más oneroso para el contratista.

Pero, desde luego, lo que no cabe es que el contratista-concesionario reclame una compensación como consecuencia de no haber obtenido los beneficios esperados en la explotación de la concesión demanial. La Administración en estos casos no asegura ni un rendimiento mínimo ni el éxito de la actividad empresarial que el contratista-concesionario pueda pretender desarrollar en la porción de dominio público concedida, de manera que, salvo que se dé alguna de las aludidas circunstancias que, como excepción al principio de riesgo y ventura, permiten obtener una compensación, el contratista-concesionario deberá soportar las consecuencias derivadas de no haber alcanzado el éxito esperado.

#### XI. LA TRANSMISIBILIDAD DE LOS DERECHOS DE COBRO FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN

El artículo 100 de la LCA establece el derecho del contratista a ceder a favor de terceros los derechos de cobro que ostente frente a la Administración. La transmisibilidad de los derechos de cobro está concebida de una manera muy amplia en la LCAP, especialmente tras la nueva redacción dada al citado artículo 100 de la LCAP por la Ley 44/2002, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, en cuanto admite el *factoring* (incluso de créditos futuros) en este ámbito (9).

El problema surge en trance de determinar la aplicabilidad o no del mencionado derecho de cesión en el caso de que el precio del contrato no se establezca en dinero. En efecto, el artículo 100 de la LCAP se refiere a la transmisibilidad de los derechos de cobro «*conforme al artículo anterior*», siendo así que en el artículo 99 se regula el derecho del contratista al abono de la prestación realizada y al consiguiente pago del precio. No cabe desconocer que dichos preceptos están concebidos sobre la base de la existencia de una contraprestación dineraria, y de hecho el artículo 14 de la LCAP dispone que «*los contratos tendrán siempre un precio cierto, que se expresará en moneda nacional...*».

El problema en la modalidad de pago que estoy examinando radica en que el contratista-concesionario no tiene derecho a percibir dinero (sin perjuicio de que se admitan, en los términos señalados con anterioridad,

---

(9) Sobre el alcance de la nueva redacción del artículo 100 de la LCAP, vid. mi estudio *La nueva regulación de la cesión de créditos en la contratación administrativa*, «Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas La Ley», núm. 17, febrero de 2003, págs. 42 y ss.

modalidades de pago mixtas), sino que la contraprestación se le abona mediante el otorgamiento de una concesión demanial. En estos casos, ¿podría esgrimirse el artículo 100 de la LCAP para sostener el derecho del contratista-concesionario a transmitir la concesión demanial?; ¿hace la referida concesión demanial las veces del «derecho de cobro» frente a la Administración al que alude el artículo 100 de la LCAP?

En mi opinión, el contratista-concesionario no tiene derecho *per se* a transmitir la concesión demanial, a cuyo efecto conviene formular las siguientes consideraciones:

— Congruentemente con la posición anteriormente sustentada, la evidente interconexión en estos casos entre contrato de obras y concesión demanial no permite confundir ambas figuras jurídicas, pues siguen teniendo —con matizaciones— sustantividad propia. Y la legislación patrimonial específica puede prohibir, por ejemplo, la transmisión intervivos de la concesión demanial.

— No es lo mismo la cesión de un derecho de cobro (en dinero) que la transmisión de una concesión demanial, por mucho que ésta sea el instrumento para abonar al contratista-concesionario la contraprestación que le corresponde. La transmisión del derecho de cobro a un tercero en nada perjudica a la Administración (10), pues adopta la condición de deudora. El pago al tercero-concesionario (tras la notificación fehaciente de la cesión) liberará a la Administración. La situación es sensiblemente distinta cuando se trata de transmitir una concesión demanial, puesto que se trata de una relación jurídica de tracto sucesivo en la que a la Administración no le será ya indiferente la persona que adopte la posición de concesionario. Por ello, es razonable que la legislación patrimonial específica pueda prever la necesidad de obtener —para que opere dicha transmisión— la previa autorización de la Administración, lo que, por lo demás, tiene cierta similitud con la cesión del contrato administrativo que se regula en el artículo 114 de la LCAP y que también se somete a previa autorización del órgano de contratación.

— Cuestión distinta, y no incompatible con lo anterior, es que el espíritu que se desprende del artículo 100 de la LCAP (favorable a la transmisibilidad de los derechos de cobro del contratista frente a la Administración) pueda constituir un valioso elemento interpretativo en trance de resolver dudas que puedan surgir, también, en la interpretación de la legislación patrimonial correspondiente, cuando se trata de aplicarla en el contexto de un contrato de obras en la modalidad de pago prevista en los artículos 130 a 134 de la LCAP.

---

(10) Dejo a un lado ahora toda la problemática relativa al endoso de certificaciones de obra y su naturaleza causal o abstracta, con la repercusión que obviamente ello puede tener sobre el contrato subyacente. Vid. sobre este aspecto mi artículo *La nueva regulación de la cesión de créditos en la contratación administrativa*, ob. cit.



## XII. REPERCUSIÓN DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO SOBRE LA EXISTENCIA DE LA CONCESIÓN DEMANIAL (Y VICEVERSA)

La resolución anticipada del contrato podrá tener una repercusión sobre la concesión demanial (y viceversa). Si se resuelve anticipadamente el contrato de obras, sea o no por causa imputable al contratista, ¿se extingue automáticamente la concesión demanial? Y si se produce una causa de extinción de la concesión demanial, ¿cómo repercutiría sobre el contrato administrativo?; ¿podrá considerarse éste extinguido?; ¿deberá proseguir el contratista con la ejecución del contrato de obras sin contraprestación al haberse extinguido la concesión demanial, aunque lo hubiera sido por culpa suya? Es fácil observar la complejidad de la cuestión planteada y la dificultad de darle respuesta con la escasa regulación contenida en los artículos 130 a 134 de la LCAP. A pesar de ello, profundizaremos en la cuestión.

En efecto, si se extingue el contrato por causa no imputable al contratista, éste mantendrá los mismos derechos que la LCAP le reconoce en su condición de parte en un contrato administrativo de obras. Tendrá derecho a que se le abone la obra realizada (no como indemnización, sino en concepto de contraprestación), así como a la indemnización, objetivada o no, que pueda corresponderle, en función de la causa concreta de resolución de que se trate. A mi juicio, deberá operarse en estos casos igual que si se tratara de un contrato de obras normal (entendiendo por tal aquel en el que no se utiliza la concesión demanial como contraprestación). La única diferencia estribará en que tanto la contraprestación (por la prestación realizada durante el tiempo que permaneció vigente el contrato) como la compensación a la que tuviera derecho el contratista podrán materializarse mediante el mantenimiento de la concesión demanial durante un tiempo suficiente para satisfacer dichos importes. Si lo que se ha perseguido con la modalidad de pago mediante otorgamiento de una concesión demanial es evitar un desembolso económico por parte de la Administración contratante, parece congruente que, en caso de resolución anticipada, dicha concesión ya vigente pueda utilizarse como mecanismo para liquidar las cantidades pendientes de abono al contratista, a cuyo efecto deberá producirse el ajuste que corresponda en el plazo de duración (o condiciones) de la concesión demanial.

Si la resolución anticipada del contrato fuera debida a causa imputable al contratista, procederán los efectos previstos en el artículo 113.4 de la LCAP. No obstante, el contratista tendrá derecho a que se le abone, en concepto de contraprestación, la parte de la obra realizada. En este sentido, habrá que examinar caso por caso para observar la correlación existente entre la obra realizada y la explotación de la concesión demanial de la que ya se haya beneficiado el contratista, debiendo procederse a efectuar los pertinentes ajustes, incluso mediante el mantenimiento de la concesión demanial durante el tiempo que resulte necesario a tal fin.

Lo que, a mi juicio, en ningún caso sería procedente es que el contratista-concesionario, una vez resuelto anticipadamente el contrato administrativo, pretenda mantener inalterada la concesión demanial, con el argu-

mento de que se trata de una figura jurídica (la concesión) distinta del contrato resuelto. La aludida interconexión entre ambas figuras justifica que la resolución anticipada del contrato administrativo pueda repercutir sobre la subsistencia, al menos en los términos originariamente previstos, de la concesión demanial.

De igual manera, es posible plantear el problema a la inversa, es decir, la repercusión que podría tener la extinción anticipada de la concesión demanial sobre el contrato administrativo. En este aspecto es importante resaltar que el eje sobre el que gravita toda la regulación es el contrato administrativo. La concesión demanial, con ser una figura jurídica distinta, sirve en este caso como instrumento para permitir la adjudicación de contratos de obras sin necesidad de que la Administración desembolse importe alguno. Podría decirse que la concesión demanial está al servicio del contrato administrativo de obras, y no a la inversa.

Partiendo de esta premisa, puede sostenerse que la eventual extinción anticipada de la concesión demanial, sea o no por causa imputable al concesionario, no contagia al contrato de obras. En tanto en cuanto el contratista cumpla con sus obligaciones dimanantes del contrato administrativo, éste pervivirá, sin que pueda sostenerse que la extinción de la concesión implique necesaria e irremediamente la correlativa extinción del contrato administrativo de obras.

Es cierto, no obstante, que la anterior afirmación no resuelve todos los problemas. En efecto, la concesión demanial puede extinguirse anticipadamente por causa no imputable al concesionario, en cuyo caso el contratista-concesionario mantendría su derecho a una contraprestación en el marco del contrato administrativo vigente que sigue ejecutando (o que haya ejecutado), pudiendo admitirse en estos casos la sustitución de la concesión demanial originaria (extinguida) por otra similar o bien la transformación de la modalidad de abono al contratista (a través de la concesión demanial) por el pago en dinero.

El problema se complica más aún en el caso de que la extinción de la concesión demanial se hubiera producido por incumplimiento del contratista-concesionario (en su faceta de concesionario). Aquí nos encontramos con dos principios enfrentados:

— Por un lado, el contratista-concesionario no habría incumplido el contrato administrativo de obras y, por ende, no procedería su resolución. Únicamente se habría producido un incumplimiento en el marco de su actuación como concesionario de dominio público, lo que, sin embargo, en principio no puede llevar a considerar que el contratista-concesionario, como consecuencia de la referida extinción anticipada de la concesión, deba proseguir ejecutando el contrato de obras ya sin contraprestación, es decir, de manera gratuita.

— Por otro lado, de sostenerse que el contratista-concesionario, a pesar de incumplir la concesión, mantiene el derecho a la contraprestación, significaría lisa y llanamente que se están dejando sin efecto prác-

tico real alguno las causas de extinción de la concesión demanial previstas en la legislación demanial aplicable. Y ello porque el incumplimiento del concesionario (con la correlativa extinción anticipada de la concesión) no le depararía perjuicio real a dicho concesionario si se admite que, a pesar del citado incumplimiento, sigue teniendo derecho a la contraprestación en el marco del contrato administrativo de obras que no ha incumplido. Podría darse de esta manera la paradoja de que el incumplimiento de la concesión supondría no un perjuicio para el concesionario, sino para la propia Administración concedente, que de esta manera se vería obligada a abonar al contratista la contraprestación correspondiente en el marco del contrato de obras sin poder utilizar para ello la concesión demanial, que se habría extinguido por culpa del concesionario.

Se trata nuevamente de un problema no resuelto en la LCAP. Habrá de estarse a lo que los pliegos puedan establecer al respecto (con la inseguridad que evidentemente ello encierra, dada la disparidad de soluciones que pueden darse), pues, en definitiva, como ya se ha dicho, los licitadores aceptarán incondicionadamente el pliego al formular su oferta. El problema surgirá fundamentalmente cuando el pliego no diga nada sobre el particular. En todo caso, sería difícil sostener que el incumplimiento del concesionario (con la correlativa extinción anticipada de la concesión demanial) es neutro a estos efectos, puesto que, de admitirse esta posibilidad, incluso podría utilizarse torticeramente por el concesionario para reconvertir la concesión demanial originaria en el abono de una cantidad de dinero o en su sustitución por otra concesión demanial. Es evidente que el incumplimiento de la concesión por el contratista-concesionario debe depararle algún perjuicio y, por supuesto, en ningún caso un beneficio ni un instrumento útil para alterar el normal desenvolvimiento de las cosas. La solución tampoco puede encontrarse, a mi juicio, en que, ante la extinción anticipada de la concesión por incumplimiento del concesionario, deba declararse también extinguido el contrato administrativo de obras. He destacado que hay que dar preferencia al contrato de obras, que habrá que preservar en la medida de lo posible. Si el contratista-concesionario, en su condición de contratista, no ha incumplido el contrato de obras, habrá de mantenerse éste vigente. Y, finalmente, la solución tampoco puede ser la de declarar extinguida sin más la concesión y obligar al contratista a mantener inalterada la ejecución del contrato de obras pero ya sin contraprestación. Es cierto que el causante de la extinción anticipada de la concesión ha sido el contratista-concesionario, pero en principio sería desproporcionado —especialmente cuando quedara mucho contrato por ejecutar— obligarle a su ejecución completa sin contraprestación alguna. Quizá la solución se encuentre en aplicar el régimen normal de extinción anticipada de la concesión demanial, incluida la incautación de la garantía o fianza que hubiera podido constituirse al efecto. Además, deberán repercutirse sobre el contratista-concesionario los daños y perjuicios que dicha extinción anticipada hubiera podido implicar (incluso sobre el contrato admi-

nistrativo subyacente y sobre su mantenimiento), sin perjuicio de reconocer al contratista el derecho al abono —en dinero o en especie— de las prestaciones efectivamente realizadas, así como las que pueda realizar en el futuro durante la vigencia del contrato de obras.